Deutsche Richterzeitung

Herausgegeben vom Deutschen Richterbunde

8. Jahrgang 1916



Hannover
Helwingsche Verlagsbuchhandlung

Kosten verursacht; obwohl nicht ein verständiger Mensch die Richter für ungeeignet hält, die Notwendigkeit solcher Kosten zu prüfen, wurde die Entlastungsnovelle auch hierin beseitigt, und selbst den zwecklosesten Kosten ihr Platz im heiligen Tempel des Rechts zurückgegeben.

7. Der Abneigung des Fiskus, wenigstens für seine juristische Person von zu hohen Kosten bei Notleidenden abzusehen, sei zum Schlusse noch gedacht. Die Versäumnisgebühr ist entschieden zu hoch; dasselbe gilt von den bekannten 22 M., ja 44 M. in den Privatklagen. Ebenso läßt sich die Gebühr von 27,50 M. bei Zurücknahme von Strafanträgen schon deshalb nicht rechtfertigen, weil sie einen vom Gesetz gewollten guten Erfolg unmöglich macht, wie Saar S. 142/1913 nachweist. Gewiß sprechen diese wenigen Millionen für die große Justizreform nicht merklich entlastend mit, es muß aber grundsätzlich vom Fiskus verlangt werden, daß er einer richtigeren und höheren Auffassung von der Gerechtigkeit beitritt.

Wenn je das große Werk der Reform gelingen soll, müssen Grundanschauungen siegen, die nicht dem Gerechtigkeitsideale schlechthin dienen wollen, sondern den richtigen Ausgleich mit den praktischen Möglichkeiten finden. Im Jahre 1879 — und leider noch heute — erkannten die Gesetzgeber gar zu wenig, wie enge Grenzen das rauhe Leben da unseren Idealen zieht. Am deutlichsten läßt sich das an zwei grundverschiedenen Gerichtssystemen, dem deutschen und englischen, klar machen.

England schuf vor 60 Jahren die sogen. Armeleute-Justiz, die das Hauptgewicht auf die Vollstreckung, also die praktische Rechtsverwirklichung legte. Daneben erhielten die größeren Prozesse ein gutes, aber sehr teueres Verfahren. Vorzug und Schwäche dieses Systems liegen auf der Hand. Die Massenklagen fühlen sich dabei recht wohl, zumal der prozeßtötende Zwang, sich meist selbst zu vertreten, dort eher ein Segen als ein Unglück ist. Aber auch die großen Sachen wurden gut erledigt, sie hielten den Kosten stand. Die mittleren Prozesse gingen leer aus; ohne rechtsgelehrten Beistand ließen sie sich — in der Praxis wenigstens — nicht führen, und den Riesengebühren waren sie nicht gewachsen. Daher die berechtigte bei uns aber zu einseitig betrachtete Klage, in England könne man überhaupt nicht prozessieren.

Deutschland schwebte 1879 das Ideal vor, möglichst vielen Prozessen die volle mündliche Verhandlung und volle Rechtsgelehrsamkeit zu sichern. Von 300 M. an wurde der rechtsgelehrte Prozeß sogar Vorschrift. Aber auch darunter sollte doch möglichst viel Rechtsgelehrsamkeit dem Volke zu Gebote stehen, das selbst beim Zahlungsbefehl nicht ohne Beistand auszukommen brauchte. Dieses Verfahren war auf die größeren Amtsgerichts- und mittleren Landgerichtssachen zugeschnitten. Die wirklich großen Prozesse fanden nicht durchweg auserlesene Richter und entsprechende Anwälte vor, auch wurde ihnen ziemlich bald die volle mündliche Verhandlung vorenthalten, obwohl die Zeugenkosten da nicht mitsprechen. Die kleinen Prozesse wurden zu wenig geschlichtet und litten schwer unter den erlaubten und immer mehr einreißenden Kosten, die hier als erstattungsfähig nicht prozeßhindernd wirkten. Die Lage der unstreitigen Sachen war ohne merklichen Einfluß der Richter auf die Vollstreckung von vornherein verzweifelt. Wir strebten überall nach der idealen Rechtsverwirklichung. Daß dieses System zusammengebrochen ist und zusammenbrechen mußte, liegt auf der Hand. Die kleinen Prozesse (bis 200 M.), wohl drei Viertel aller Sachen, lassen sich niemals, die mittleren (bis 1000 M.) nur mühsam aus eigener Kraft rechtsgelehrt führen. [illegible] endlich bekannt, auf welche tief bedauerliche Weise dieser Versuch gelang. Ohne zu erröten, mag eigentlich niemand mehr davon sprechen, daß wir die unstreitigen Sachen planmäßig zur Bezahlung der streitigen heranziehen. Aber auch sonst hat sich das hohe und theoretisch richtige Ideal der gelehrten Prozeßführung ohne Nachteil des Siegers als Riesenfehler erwiesen. Das hemmungsvolle Prozessieren hat allmählich in das reine Protokollverfahren geführt. „Rechtsanwälte und Akten! sind sie nicht jahraus, jahrein fast die einzigen Erscheinungen auf dem Arbeitsfelde des Kollegialrichters?" [9]). Ich habe die wenigen Antworten auf diesen Vorwurf genau geprüft, und nur die zaghafte Entgegnung gefunden, der Berichterstatter sähe doch noch viele Zeugen. Von den höchsten Richtern, den Vorsitzenden, wird das gar nicht mehr behauptet. Die Zeilersche Statistik hierüber wäre sehr erwünscht, um einen schädlichen Traum zu zerstören. „Eine Hauptverhandlung; volle Unmittelbarkeit und Mündlichkeit, straffe Zusammenfassung des Beweisverfahrens?" [10]) Der idealistische Gesetzgeber von 1879 wollte das womöglich doppelt — in zwei Instanzen — liefern. Das harte Alltagsleben hat anders entschieden. Möchten selbst unsere Reichstagsjuristen begreifen, warum wir die erstrebten Dinge nicht doppelt, sondern beinahe gar nicht haben.

Man kann unseren Regierungen in Justizfragen nicht den Vorwurf zu großer Worte und unerfüllbarer Versprechungen machen. Die Abneigung des Staates, seine hohen Gerechtigkeitsideale wirtschaftlich zu unterstützen, ist ihnen zu genau bekannt [11]). Vier unstreitige Sachen um 150 M., die arme Leute zahlen müssen, bringen dem Anwalt ebensoviel wie eine Offizialverteidigung vor dem Schwurgericht, die der Fiskus bezahlt, und des Staates Neigung, den armen Parteien rechtsgelehrten Beistand ohne fiskalische Ausgaben zu sichern, hält die Regierungen naturgemäß ab, sich an den schönen Worten der Volksvertreter zu beteiligen. So trennt im Reichstag ein brückenloser Abgrund edle Reden über Freiheit und Recht von aktenrichtigen Regierungsäußerungen. Die Männer des praktischen Lebens glauben an die idealen Phrasen ebensowenig wie an die Akten, da sie aber gegen beides wenig zu sagen wissen, ergreifen sie vor Justizfragen regelmäßig die Flucht, so daß diese überaus wichtigen und interessanten Probleme wegen angeblicher Langweiligkeit fast nie eingehend erörtert werden können. Kein Wunder, daß bei sehr vielen die Absplitterung beliebiger Gebiete von der Justiz als stets willkommenes Heilmittel gilt.

Möchten allen Hindernissen zum Trotz die Weisheit des Richters, der Scharfsinn des Juristen, die Kunst des Staatsmannes sich verbünden, um schließlich das zu schaffen, was allein dem Volke hilft: Die praktische und erfolgreiche Justiz des Alltags.

Das Recht im Spiegel seiner Auslegung.

Von Dr. Adolf Merkl in Wien.

A. Recht und Wissenschaft vom Recht.

Dem Fragenkreise der Gesetzesauslegung gehört das Meiste und das Beste an, was die neuere juristische

---

[9]) Leeb S. 246/1914.

[10]) Dietz S. 434/1916.

[11]) Vor den Kreisausschüssen, den Steuerbehörden, Generalkommissionen, Versicherungsämtern, wo oft nicht einmal Juristen Bescheid wissen, wird dem Sieger kein Rechtsrat ersetzt, während der ärmliche Schuldner nicht einmal beim Zahlungsbefehl von dieser Pflicht frei ist. Abstrakter Idealismus hat das rauhe Leben übersehen und die unvermeidlichen Lasten zu sehr auf Notleidende abgewälzt.

Literatur an Werken, Abhandlungen und Aufsätzen allgemeinen Inhalts unserer Wissenschaft beschert hat. Aus dem ungeheuren Wirrsal der Einzelfragen, zu dem die Jurisprudenz immer tiefer hinabgestiegen war, ist sie wieder zur einfachen Mehrheit ihrer Grundfragen — wenn es nicht gar eine Einheit ist — hinaufgestiegen. Auch jene haben ihren wohlverdienten Platz in der Wissenschaft und nehmen mit Recht den weitaus größeren Raum ein, auch jene haben ihren guten Sinn, ihren großen Wert, ja, ihnen kommt im Rahmen der Wissenschaft unumgängliche Notwendigkeit zu — aber diese bedeuten Boden und Spitze, Anfang und Vollendung der Disziplin. Wie wohl in jedem einzelnen Vertreter unserer Wissenschaft, so kommen auch für die Wissenschaft des Rechts im ganzen Augenblicke, wo sie sich sozusagen ihres Daseins — ihres Existenzgrundes besinnt; der nie völlig zu ertötende philosophische Trieb führt Fragen dieser Art herauf und bringt unseren Problemkreis der Forschung näher; er läßt, wenn die interessantesten Spezialfragen schal erscheinen, die allgemeinen Fragen unserer Wissenschaft, die eigentlich zeitlos-stetig aktuell sind, ganz besonders aktuell erscheinen. In diesem Problemkomplex findet sich nun auch die Frage der Rechtsauslegung. Nicht als die unbedeutendste und nicht als die letzte — gerade für den Juristen ist sie unter den Fragen der juristischen Erkenntnistheorie die wichtigste — aber jedenfalls die letzte in dem Sinne, daß sie an der Grenze der juristischen Wissenschaft steht. Dies ist aber eben die erste Frage, gewissermaßen das Vorproblem des Auslegungsproblems: Gehört die Auslegungstheorie überhaupt noch der Jurisprudenz an, ist sie nicht ein Stück Rechtsphilosophie, Philosophie schlechthin?

Und gerade dieses meinen wir: die Problemstellung der Auslegungstheorie ist ja doch wie die der juristischen Erkenntnistheorie: Was ist Recht? Allerdings wirft die Auslegungstheorie wie auch die Auslegung selbst diese Frage nicht völlig voraussetzungslos, sondern gewissermaßen unter der Bedingung auf, daß, was im allgemeinen als Recht zu betrachten sei, bereits feststehe. Die Rechtsquelle muß außer Streit stehen oder wird wenigstens als außer Streit stehend angenommen; die Auslegung fragt: Was ist unter der Voraussetzung, daß etwa das Gesetz oberste Rechtsquelle ist, im einzelnen als Recht zu erkennen? Oder besser: wie, auf welchen Wegen, mit welchen Mitteln ist aus der gegebenen Rechtsquelle im einzelnen Falle das Recht zu finden? Denn das erste —: Was ist im einzelnen Falle Recht? ist eigentlich bereits die Frage des Rechtsinterpretators, des eigentlichen Juristen, welcher nicht nur auf der Vorarbeit des Rechtsphilosophen, der ihm die Rechtsquelle an die Hand gegeben hat, sondern insbesondere auch auf der des Interpretationstheoretikers fußt, welcher ihm die Mittel und Wege an die Hand zu geben hat, damit er die abstrakte generelle Norm der Rechtsquelle zu konkretisieren und zu individualisieren, kurz sie für die unmittelbare Anwendung bereit zu stellen oder selbst anzuwenden vermöge. Dieses ist, um zusammenzufassen, Sache des praktischen, jenes Sache des theoretischen Juristen; beide bauen auf der Vorarbeit des Rechtsphilosophen, d. h. des Rechtserkenntnistheoretikers und im besonderen des Auslegungstheoretikers auf; was ja natürlich nicht ausschließt, daß sie diese ihrem Fache transzendente Vorarbeit selber leisten. Es muß dabei nur daran festgehalten werden, daß sie dies nicht als Juristen tun.

Nun wird wohl mancher meinen: dies sei nur ein terminologischer Streit, der eben darum unfruchtbar und unberechtigt sei. Es könne gleich bleiben, ob die Lehre von den Auslegungsmitteln philosophischer oder juristischer Natur sei, wenn sie nur überhaupt tradiert werde — und wie, darauf komme es in erster Linie, wenn nicht ausschließlich an. Dem ist aber doch nicht ganz so.

Wie uns scheint, ist gerade dies der einschneidendste Fehler der herrschenden Auslegungslehre und das ist ihre einstimmige Gemeinsamkeit, der heutigen Auslegungstheorethiker, mögen sie in allem andern auch noch so voneinander abweichen, daß sie sich ihrer im Verhältnis zur Rechtswissenschaft transzendenten, ihrer metajuristischen Stellung im Wissenschaftssysteme nicht bewußt werden. Die Auslegung, der doch offenbar die Rolle eines Werkzeugs der Rechtserkenntnis zukommt, kann doch nicht gleichzeitig ein Gegenstand der Rechtserkenntnis sein! Mit welchem Wer zeuge würde man denn dieses besonderen rechtlichen Erkenntnisobjektes Herr werden? Doch wieder nur m . Auslegung. Doch diese Auslegung des rechtlichen Interpretationsproblems kann doch selbst nicht wieder u ristischer Natur sein.

Ich vermute, daß man die gesetzlichen Auslegungsregeln als Argument gegen diese Aufstellungen ausspielen wird. Mit Unrecht würde man dies aber tun. Freilich, die gesetzlichen Auslegungsregeln sind ein Bestandteil des Rechtes und zufolge dieser ihrer Eigenschaft nicht bloß ein Werkzeug, sondern auch ein Gegenstand der Rechtserkenntnis und damit auch der Rechtsauslegung, welche nur den Weg zur Rechtserkenntnis darstellt. Aber diese eigentümliche Doppelfunktion der gesetzlichen Auslegungsregeln entkräftet doch nicht unsere Behauptung von der außerrechtlichen Natur der Auslegungsregeln, richtiger, von der Notwendigkeit des Bestandes außerrechtlicher Auslegungsregeln.[1]) Lehrt uns nicht jede allgemeine Rechtslehre, die eben insoweit nicht das ist, was sie zu sein vorgibt, sondern allgemeine Rechtserkenntnislehre ist, — wie diese Auslegungsregeln auszulegen seien? Nach welchem Prinzipe geht nun dieser Zweig der Auslegungslehre vor? Nach Auslegungsregeln — die aber offenbar nicht wieder Auslegungsregeln rechtlicher Natur sind. Mit Auslegungsregeln von Auslegungsregeln haben wir es also hier zu tun, die aber, soll nicht das alogisch-komische Bild vom Münchhausen, der sich am eigenen Zopfe aus dem Sumpf zieht, zutreffen, verschiedener Natur sein müssen.

* * *

Die Wissenschaft vom Recht ist Rechtsauslegung; die rechtlichen Erkenntnisse sind Produkte der Auslegung, daher fällt die Funktion der Rechtserkenntnis mit der Auslegungstätigkeit in eins zusammen.

In dieser Reduktion der Jurisprudenz auf die Interpretation mag man eine Deteriorierung erblicken — was uns aber nicht abschrecken könnte, diese Konsequenz zu ziehen. Tatsächlich ist die Rechtslehre vielfach so inkonsequent, mit bloßen Fragen der Rechtsauslegung, welche in jeder juristischen Darstellung — wenn auch unbewußt — die durchschnittlich weitaus überwiegende Rolle spielen, Fragen der Auslegungstheorie und sonstige allgemeine Probleme, die mit ihr auf ein und derselben Linie stehen, — hier des disparaten Charakters der be-

[1]) Allerdings stellen die gesetzlichen Auslegungsregeln ein Versuch dar, die Wissenschaft des Rechtes von der Seite des Rech des Wissenschaftsobjektes aus zu influenzieren.

handelten Dinge unbewußt — wahllos zu vermengen und dadurch die Jurisprudenz, wie man sich, wenn man hiebei zielbewußt vorgeht, auszudrücken pflegt: „zu bereichern". Denn das ist die Eigenschaft, die vor einer strengen Konsequenz im Betriebe der Jurisprudenz so abschreckt: daß sie dann so „schrecklich arm" erscheine. Das ist aber allerdings nur eine Verschlimmbesserung, wenn man die Jurisprudenz auf Kosten eines Dinges, das mit ihm so gut wie nichts gemein hat, zu bereichern sucht. Philosophie vom Recht, wozu auch die sogenannte Auslegungstheorie gehört, ist etwas anderes als die Wissenschaft vom Recht, die, wie gesagt, mit der Rechtsauslegung identisch ist. Wem diese nicht genügt, der betreibe dann eben offen jene; er muß sich dann aber gegenwärtig halten, daß er nicht mehr Jurist, — auch nicht theoretisierender Jurist —, sondern Rechtstheoretiker ist, also einer, der souverän über dem Rechte und nicht etwa inmitten des Rechtes steht.

Ist Interpretation das Wesen der Rechtswissenschaft, so ist ihre Funktion, Dinge, die schon gesagt sind, nochmals zu sagen; selbstverständlich — sonst würde sich ja die ganze Jurisprudenz erübrigen — mit anderen Worten, aber doch nicht — denn sonst würde sie ja ihrer Aufgabe als Wissenschaft wieder nicht genügen, — sachlich verschieden. Es ist ihre Aufgabe und die Kunst der von ihr gelösten Aufgabe, nicht anderes, sondern gleiches (wie ihr Objekt, das Recht) zu sagen, dieses Gleiche aber doch anders zu sagen, als es das Recht gesagt hat. Ich habe schon an anderer Stelle ausgeführt[2]), daß der Kommentar nicht nur die sachgemäß-typische, sondern die geradezu notwendige Ausdrucksform der Jurisprudenz ist, wofern man den Begriff des Kommentierens nur halbwegs weit faßt. Interpretieren ist also kommentieren; doch der Kommentar im engsten Sinn weist das Interpretationsergebnis noch in ungeordnetem Zustande, gewissermaßen als Rohprodukt auf. Es hat dann noch das Systemisieren zum Kommentieren hinzuzutreten, um dieses Rohprodukt in ein abgerundetes wissenschaftliches System, in das Endprodukt der Interpretationsfunktion umzusetzen.

Es handelt sich also lediglich um Reproduktion einer gegebenen Erscheinung — und dies mag ja die Abkehr von einer so „armen" Wissenschaft, nicht aber die Verwerfung dieser Auffassung von der Rechtswissenschaft rechtfertigen. Diese müßte aber gleichzeitig die Abkehr von allem Wissenschaftsbetriebe bedingen, denn gehört das Reproduzieren nicht zum Wesen der Wissenschaft und ist es nicht das große Vorrecht und der schöne Vorzug der Kunst[3]), im Gegensatz zur Wissenschaft Neues zu schaffen? Für die Erkenntnisfunktion ist das Objekt der Wissenschaft zwar nicht gegeben, ist es einfach noch nicht vorhanden, solange es noch nicht eine Wissenschaft von diesem Gegenstande gibt, aber die Wissenschaft setzt doch gerade voraus, daß ihr Objekt schon irgendwie — wenn auch nur im Sinne des erkenntnistheoretischen Idealismus als Vorstellung, genauer als Inhalt einer Vorstellung — „in rerum natura" sei und daß sie es aus dieser Gegebenheit nur in die Sphäre oder in das Licht der Erkenntnis emporzuheben brauche. Es handelt sich also doch nur um relatives „Nichtgegebensein", das ein ein absolutes „Dasein" voraussetzt, um ein Nichtgegebensein für die Erkenntnis oder gar nur für die qualifizierte wissenschaftliche Erkenntnis, während eine niedrigere psychische Funktion mit derselben Gegebenheit als etwas Seiendem operiert. Der Effekt des Wissenschaftsbetriebes ist also nur, daß er Gegebenes in eine höhere psychische Funktion umsetzt, daß er es in einer anderen, höheren Form erscheinen läßt, wobei es den Schein des Neuen annimmt. Und warum Schein? Neues tritt ja doch dazu, auch die Form ist in gewissem Sinne eine Realität. Und warum soll man schließlich auch hier nicht von Kunst sprechen? Die Zutat aus der Subjektivität der erkennenden Person heraus ist ja unverkennbar, wenn es sich auch nur, wie schon das Wort sagt, um eine Zutat zu Gegebenem und nicht wie bei der Kunst, um eine Tat handelt. Verschwimmen so letzten Endes die Grenzen zwischen Produktion und Reproduktion, indem sich diese, relativ betrachtet, auch nur als eine Art Produktion erweist, und wird man bei der sog. Produktion auch anderseits reproduktive Elemente nachweisen können, verschwimmen des weiteren mit diesen charakteristischen oder doch nur als charakteristisch angenommenen Merkmalen die Grenzen zwischen Kunst und Wissenschaft, so wird die Distanz einer auf das Interpretationsproblem zurückgeführten und mit ihm sich bescheidenden Rechtswissenschaft von anderen Wissenschaften so gering, daß niemand das Recht hat, sich „um des wissenschaftlichen Prinzipes willen" von einer derart sich bescheidenden Rechtswissenschaft abzukehren, „weil sie dem wissenschaftlichen Geiste nicht genüge", oder sie mit außerjuristischen Gegenständen zu belasten und damit, statt sie zu bereichern, zu verfälschen. Auch sämtliche Naturwissenschaften, die doch von der Jurisprudenz gewiß grundverschieden sind, wenn sie mit ihr auch gewisse Berührungspunkte aufweisen[4]), üben dieselbe Funktion, daß sie nämlich Gegebenes — sie speziell die sogenannte „Natur" — systematisch deuten, interpretieren und damit dem Menschen, im besonderen dem menschlichen Bewußtsein, der menschlichen Erkenntnis näher bringen.

Ich sehe also auch nicht ein, was bloß unter diesem Gesichtspunkt gewonnen wäre, wenn wir, namentlich nach dem Vorschlage der Rechtssoziologen[5]), die Rechtswissenschaft naturwissenschaftlich gestalten wollten. Von ihrer Interpretationsaufgabe hätte sie sich weit entfernt, Reproduktion wäre sie aber trotzdem — auch als Naturwissenschaft — geblieben, ohne dadurch eine interpretative Kunde vom Rechte, (die nur nicht unter dem Titel einer Wissenschaft auftreten dürfte,) entbehrlich zu machen.

Zwischen der rein interpretativen Jurisprudenz und der noch so lebendig-schöpferischen Naturwissenschaft bestehen unter dem Gesichtspunkt des Produktiven oder Reproduktiven, der Armut der Nachahmung oder des Reichtums der Neuschöpfung nur graduelle, keine essentiellen Unterschiede. Auch so, wie von uns verstanden, ist die Wissenschaft vom Rechte eine Wissenschaft wie jede andere.

* * *

2) Vgl. meine Abhandlung „Zum Interpretationsproblem", Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 42. Band, 2. Heft.

3) Außerdem auch der Technik, zu der auch unter anderem die Technik der Rechtsanwendung gehört, welche also, um einen Grad der Kunst verwandter als ihre Partnerin auf theoretischem Gebiet, nämlich als die Wissenschaft vom Recht, einen Anflug von Kunst sich tragen könnte.

4) Nicht mit Unrecht hat man die Jurisprudenz eine Mathematik genannt und könnte von dieser letztern anderseits als der Rechtswissenschaft der Naturtatsachen sprechen.

5) Vgl insbesondere Eugen Ehrlich, München und Leipzig 1913; geistesverwandt sind ihm insbesondere Bozi und Fuchs.

Aber eine auffällige Besonderheit hebt sie doch von anderen ab. Sie reproduziert in Worte und in Gedanken Gefaßtes in Worten und Gedanken. Kaum haben andere als die Sprachwissenschaften dieses Substrat mit der Rechtswissenschaft gemein. Das Reproduzierte kann hier nur dieselbe Form aufweisen, wie das zu Reproduzierende. Bei dieser nahen Berührung zwischen dem Gegenstand der Reproduktion, deren Mittel und deren Ergebnis scheint sich der schöpferische Faktor sehr zu verkleinern. Größer scheint er hingegen wieder dort zu werden, wo nicht das Substrat des geschriebenen Rechts gegeben ist, wo das Objekt gewissermaßen aus dem Nichts herauszufinden (allerdings nicht zu schaffen), aus einem formlosen Dinge in Gedanken und Worte zu fassen ist. Doch dieses verschiedene Äußere, die Tatsache, daß das geschriebene Recht in die Gedanken und Sprachform gefaßt ist, ändert nichts am *Wesen* der Erkenntnisfunktion. Man kann nicht einmal behaupten, daß sie prinzipiell *erleichtert* werde, was ja sicherlich kein wesentliches, weil nur am erkennenden Subjekt, nicht am Erkenntnisobjekt festzustellendes Phänomen sein könnte. Muß ja doch das Geformte oft sozusagen in die Urform des Unerkannten — zu Erkennenden, d. i. im Grunde eine *Un*form, die Negation der Form, zurückgeführt werden, um von dieser Stufe aus eine reine, von der Sprach- und Gedankenform des Erkenntnisobjektes abstrahierende Erkenntnis zu ermöglichen [6]), muß sie von den Schlacken der Sprache gereinigt werden, in die sie gegossen ist. Auf dieser Stufe würden sich also ungeschriebenes Gewohnheitsrecht und das seiner besonderer Qualität entkleidete Gesetzesrecht begegnen und würde also keineswegs das Verhältnis derart sein, daß die Erkenntnisoperation bei diesen kürzer und mithin einfacher und unwissenschaftlicher wäre als bei jenem. Übrigens ist Kompliziertheit der Erkenntnisoperation ebensowenig Kriterium der Wissenschaftlichkeit wie ihre Kürze notwendig Beweis der Unwissenschaftlichkeit.

Übrigens besteht zwischen Rechts- und Sprachwissenschaften nur eine sehr äußerliche Berührung. Die Sprachwissenschaft im eigentlichen Sinne hat die Sprache als Form zu ihrem Gegenstande und abstrahiert von jeglichem Inhalt, hingegen tritt der Rechtswissenschaft die Form der Sprache doch nur als das Medium eines gewissen Inhalts entgegen. Nur der Inhalt der Sprachform interessiert sie also, während die Sprachwissenschaft mit ihrem Interesse an dieser Form haften bleibt. Gerade dieses Hinausdringenmüssen über die Sprachform, wobei diese passiert werden muß, ist für die Rechtswissenschaft charakteristisch; mit Spezialdisziplinen der Sprachwissenschaft hat allerdings auch dies die Rechtswissenschaft gemein: mit den interpretativen Disziplinen; die Interpretation literarischer Erzeugnisse erweist sich dabei freilich als ein Zweig der Sprachwissenschaft, der diesen Titel nur zu Unrecht führt. Denn auch hier handelt es sich um die Abstraktion von der Form, um die Überwindung des rein Sprachlichen und Gewinnung der Erkenntnis des Sachlichen. Es gilt gewissermaßen auch Fesseln der Sprache zu sprengen, die aber freilich bei der literarischen Produktion künstlerischer Natur ihre besondere Bedeutung hat, bei der Rechtserscheinung aber ganz zurücktritt und tatsächlich nur die Rolle des Ungewollt-Unvermeidlichen spielt. Der Parallelismus ist also nicht vollständig.

Ein Zustand ohne Gesetze wird selbst von denen als Ideal empfunden, die an der Allmacht von Recht und Staat überzeugungstreu festhalten. Ein solcher gesetzloser müßte ja keineswegs ein rechtloser Staat sein. Platons Idealstaat mit dem Richterkönig ist ein Staat ohne Gesetze, aber mit vollendetem Recht; es ist eben an ein Recht für den Einzelfall an Stelle der generellen Rechtsnorm gedacht. Aber nicht nur, weil das Recht, das für den Einzelfall, zugleich mit dem Akte der Rechtsanwendung gesetzt wird, diesem Einzelfalle besser angepaßt zu sein verspricht — eine Anpassung, die das Gesetzesrecht trotz Blankettrechtssatz und freiem Ermessen nie zu erreichen vermag, — sondern vor allem auch aus dem technischen Grunde steht das geschriebene dem am Einzelfall gefundenen wie allem ungeschriebenen Rechte nach, weil zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung die Gesetzesinterpretation zu liegen kommt, die als recht unbequeme Brücke die beiden verbindet oder fast eher trennt. So ist der gedanklich-sprachliche Ausdruck, die Form des Gesetzes ein notwendiges Übel, also weit entfernt von der bedeutsamen, einen Selbstzweck erfüllenden Funktion, die dem in Sprachform gegossenen Gedanken bei der poetischen Produktion zukommt.

Ein notwendiges Übel der Kundgebungen des Rechts — das würde wohl den Gedanken nahelegen, diesen Kundgebungen des Rechts keine allzugroße Bedeutung beizumessen, und wenn man nach dem Rechte forscht, auch andere Dinge in Rücksicht zu ziehen außer dem gedanklich-sprachlichen Ausdruck. Die Geringschätzung vor dem gedanklich-sprachlichen Ausdruck macht den Wunsch rege, dem Rätseldinge, das sich in eine so banale Form kleidet, *auf den Grund* zu gehen und verleitet von diesem Ausgangspunkt, von der in Worte gefaßten Kundgebung des Rechts weit abzugehen; veranlaßt insbesondere, in dieser Kundgebung bloß eine Willens*äußerung* zu erblicken, die vom „*wahren* Willen" des Rechts ins Unrecht gesetzt werden könne.

Wo liegt nun aber jener „Grund", dem man „auf den Grund gehen", welcher ist jener „wahre Wille", der den ausgesprochenen Rechtssatz ins Unrecht setzen könnte?

Dieses Problem oder vielmehr seine Lösung ist aber, wie man sieht, das juristische Hauptproblem, sozusagen die Existenzfrage aller Jurisprudenz; es ist das Fundament, das sie nicht *setzen* kann, das sie *voraussetzen* muß, um darauf zu bauen.

Was im allgemeinen Recht sei, kann die *Jurisprudenz* nicht ausmachen; die *Rechtserkenntnistheorie* muß ihr dieses Objekt an die Hand geben, die Rechtserkenntnistheorie sagt ihr z. B.: „das Gesetz ist Recht"; „die Gewohnheit ist Recht". Die Rechtswissenschaft fragt sich erst: „Was ist unter dieser allgemeinen Voraussetzung im besonderen Recht?" Sie will Rechtserkenntnisse an diesem Erkenntnisgegenstande finden. Zur Klarheit über diesen Erkenntnisgegenstand gehört aber insbesondere auch die Lösung der Frage, wie man ihn von seiner äußeren Form — wo eine solche, wie im Falle des Gesetzes, sichtbar vorhanden ist — abzugrenzen habe. *Fällt* das, was man als Recht im einzelnen untersucht, mit dem sprachlichen Ausdruck *zusammen*, wenn nicht, wie weit differiert es von ihm? Daß das Wesen des Rechts nichts als die Worte seien,

[6]) Beim Erkenntnis*ziele* ist diese Abstraktion bei unserer Abhängigkeit von der Sprach- und Denkform allerdings nicht zu erreichen. Den Ballast nicht nur, sondern auch die Fehlerquelle, die damit gegeben ist, daß jede Erkenntnis an die Sprach- und Denkform gebunden ist, müssen wir unvermeidlich in Kauf nehmen. Das ist vielleicht die schwerstwiegende Unzulänglichkeit jeder menschlichen Erkenntnis, daß sie, wenn sie nach Ausdruck ringt — und das ist doch auch ihr Zweck — mit den Unvollkommenheiten namentlich der Sprache belastet ist.

die das Gesetz macht, wird keiner annehmen wollen, der nicht das Recht um allen Sinn und damit eine Wissenschaft vom Recht um ihren Existenzgrund bringen möchte. Konsequent fortentwickelt, würde ja diese formalistische Theorie — Formalismus an sich ist ja kein Übel, sondern ist nur dort zu vermeiden, wo der Gegenstand, den man behandeln möchte, notwendig materieller ist als jene Form — dahin führen, die Buchstaben, ja mehr noch: den Druck im Reichsgesetzblatt als Wesen des Rechts aufzufassen. Nicht weniger absurd wäre das Haftenbleiben am Worte, das selbst nicht der „Wortlautmeinung" Kohlers entspräche. Die Rechtswissenschaft muß, soll sie sinnvoll sein, als eine Inhaltswissenschaft verstanden werden; so kann das Gesetz, das geschriebene Wort auch nur Form für einen bestimmten Inhalt sein, auf den es ausschließlich ankommt. Und doch spielt bei dieser Auffassung der Jurisprudenz als einer Inhaltswissenschaft das geschriebene Wort eine große Rolle. Es kann sich nämlich fragen, ob man als Form dieses aufzusuchenden Inhalts lediglich den Gesetzeswortlaut anzusehen oder ob man den Inhalt auch aus anderen Quellen zu entnehmen habe; ob das Gesetz die einzige oder nur eine der Quellen, das heißt hier Formen des Rechts sei. Das ist die Frage, um deren beide entgegengesetzten Lösungsmöglichkeiten es sich bei dem Gegensatze von subjektiver und objektiver Auslegung handelt.

Dabei darf man als objektive Auslegung nicht etwa eine Auffassung verstehen, die das Recht mit dem Gesetzeswortlaut gleichsetzt; vielmehr ist auch dieser Auslegungsmethode der Gesetzeswortlaut nur Mittel und die Auffindung des Inhalts, der diesem Gesetzeswortlaut zu entnehmen ist, ihr Zweck; der Unterschied von anderen Interpretationsmethoden besteht bloß darin, daß ihr der Gesetzeswortlaut ausschließliches Substrat ist, während insbesondere die sog. historische Interpretation auch nach einem anderen Substrate sucht, da ihr das Gesetz allein nicht genügen will. Unverkennbar bedeutet aber das Hereinbeziehen der Materialien oder gar die Frage nach dem subjektiven Willen der am Gesetzgebungswerk beteiligt gewesenen Personen ein Abrücken von der Rechtsquelle des Gesetzes in der Richtung weniger formaler Rechtsquellen bis zum ungeschriebenen Recht. Bei der größten Pressung des Gesetzesbegriffes lassen sich Gesetzgebungsmaterialien sowie die unausgesprochenen oder zum mindesten nicht in Gesetzesform ausgesprochenen Gedanken und Wünsche der am Gesetzgebungswerk beteiligt gewesenen Personen nicht unter den Begriff des Gesetzes subsumieren.

Wenn also die Wahl zwischen den beiden hauptsächlichen Interpretationsmethoden einer Wahl zwischen zwei verschiedenen Rechtsquellen gleichkommt, so können es nicht rechtliche Gründe sein, die für die eine oder die andere Interpretationsmethode sprechen. Die Entscheidung für die eine oder andere Interpretationsmethode ist noch der Rechtswissenschaft transzendent; erst nach dieser Entscheidung hebt die Rechtswissenschaft an. Diese wird sich verschieden entwickeln und vom Rechte abweichende Bilder entwerfen, je nachdem ob sie auf die subjektive oder objektive Interpretation eingestellt ist; das Recht wandelt sich mit seiner Auslegung; wie viel Rechtsauslegungsarten, so viel Rechtsordnungen. Die Unterschiede lassen sich nicht mit einem einfachen „Falsch" abtun. Sie sind im verschwommenen Wesen unseres Wissenschaftsobjekts begründet. Juristische Fehler lassen sich nur auf dem Wege, nicht am Ausgangspunkte nachweisen. Unter bestimmten Voraussetzungen muß man zwar zu bestimmten Zielen gelangen, das Recht determiniert aber nicht eindeutig die Voraussetzungen der von ihm handelnden Wissenschaft. Im Gegenteile: die Rechtsauslegung schafft sich ihr eigenes Rechtssystem. Wie die Rechtsauslegung, so das Recht.

Entwürfe zur Bekämpfung übertriebener und falscher Gerüchte über Verderben von Nahrungsmitteln.

Von Professor Thomsen, Münster i. W.

Die Ernährungsfrage wird von Monat zu Monat wichtiger — vielleicht noch ausschlaggebend für die Frage, ob und in welchem Grade wir siegen.

Nun habe ich in Westfalen und an der Wasserkante von Bremen bis Rügen eine steigende Erbitterung und, was noch bedenklicher erscheint, den Beginn einer gewissen Beunruhigung beobachtet darüber, daß ungeheure Mengen von Nahrungsmitteln zugrunde gingen[1]. Ähnlich wie in den oben genannten Gebieten soll es im ganzen Reiche stehen.

Ich bin zwar überzeugt, daß das wirkliche Verderben von Nahrungsmitteln im Verhältnis zum Ganzen so geringfügig ist, daß es keine allgemeine Gefahr in sich birgt. Anders die Gerüchte! Diese können ins Ungemessene wachsen, können von feindlichen Agenten in beliebiger Zahl und Größe in Umlauf gesetzt werden, und, wenn sie auch noch nichts zu sagen haben, möglicherweise doch einmal unwiederbringlichen Schaden anrichten. Wir tun daher gut, uns nicht mehr wie bisher nach deutschem Brauch damit zu beruhigen, daß wir sie für Übertreibung oder Zeitungsgetratsch erklären, sondern schon jetzt Gegenmaßregeln auszuarbeiten und für den Fall der Gefahr in Bereitschaft zu halten[2]. Zeigt doch der Krieg uns täglich, daß wir den großen Fehler gemacht haben und noch machen, Lug und Trug bloß mit Verachtung zu bestrafen, statt sie als gefährliche Gegner zu erkennen und sie demgemäß zu behandeln.

Ferner halte ich es für notwendig, auf folgende eigenartige Sachlage noch ganz besonders hinzuweisen. Die Überschrift verkündet eine Bekämpfung von Gerüchten, die Maßnahmen selbst richten sich aber nur gegen das wirkliche Verderben. Daß hierin jedoch ein Bekämpfen der Gerüchte liegt, erklärt sich aus folgendem.

Die an sich mögliche Methode, den einzelnen Gerüchten nachzuspüren, sie als falsch zu erweisen, die Urheber und Verbreiter zu bestrafen usw., ist hoffnungslos. Wirksamer ist die Methode, ihnen den Nährboden zu entziehen. Dies kann dadurch geschehen, daß wir dem — wie wir sahen, kaum gefährlichen und deshalb hier gleichgültigen — wirklichen Verderben so scharf zu Leibe gehen, daß das Publikum sich sagt: Bei derartigen Sicherheitsmaßnahmen ist ein Verderben wirklich gefahrdrohender Mengen von Nahrungsmitteln so gut wie ausgeschlossen, entgegenstehende Gerüchte sind daher falsch und womöglich von bezahlten Agenten der Feinde selbst in Umlauf gesetzt. In unseren Maßnahmen schießen wir also scheinbar mit Kanonen nach Spatzen, treiben Spiegelfechterei oder wie

---

[1]) Durch umgehbare oder direkt fehlerhafte Anordnungen von Obrigkeiten, Kriegsgesellschaften usw., durch ungünstige vertragliche Konstellationen, durch Wucher usw. Z. B. seien in Hamburg im letzten Jahre ebensoviel Kartoffeln verrottet wie gegessen.

[2]) Verbesserungs- und Ergänzungsvorschläge nehme ich mit Dank entgegen, Münster i. W., Abschnittstr. 24.

des Armenrechts für den Revisionskläger handelt, in Wirklichkeit ein Vorprüfungsverfahren ohne mündliche Verhandlung, freilich von dem aus sieben Mitgliedern bestehenden Senate statt, der in ähnlicher Weise über die Aussichtslosigkeit der Revision durch Beschluß entscheidet und nur dann, wenn er sich von dem Rechtsmittel Erfolg verspricht, die Sache zur mündlichen Verhandlung vor den Gerichtshof verweist. Was aber dem *Armen* recht ist, ist auch dem *Wohlhabenden* billig. Selbstverständlich wird man in Zukunft, falls mein Vorschlag zum Gesetz erhoben werden sollte, auch bei Entscheidungen über Gesuche um Bewilligung des Armenrechts, wie auch bei Entscheidungen über Beschwerden einen aus *drei* Richtern bestehenden Senat für ausreichend erachten müssen.

Die von mir in meiner vorerwähnten Schrift vorgeschlagenen Änderungen des Rechtsmittels der Revision in Zivilsachen sind so einschneidender Natur, daß ich ihre Einführung im Wege der Novellengesetzgebung aus Anlaß des Krieges nicht empfehlen, diese vielmehr einer vollständigen Umgestaltung unseres Zivilprozeßverfahrens oder einem besonderen nach dem Kriege zu erlassenden Gesetze über die Umgestaltung des Rechtsmittels der Revision vorbehalten wissen möchte.

2. *Änderungen der Strafprozeßordnung.* Von den in bezug auf die StPO. in Vorschlag gebrachten Änderungen lassen sich aus Anlaß des Krieges folgende als dauernde Einrichtung im Wege der Novellengesetzgebung durchführen:

a) Der § 152 StPO. ist dahin abzuändern:

„Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen.

Dieselbe ist, soweit nicht gesetzlich ein Anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, die ein Verbrechen im Sinne des § 1 Abs. 1 StGB. darstellen, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

In allen übrigen Fällen hängt es von dem pflichtmäßigen Ermessen der Staatsanwaltschaft ab, ob sie wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung mit Rücksicht auf die Wahrung des öffentlichen Interesses einschreiten will oder nicht.

Auf Antrag des durch die strafbare Handlung Verletzten ist sie zum Einschreiten verpflichtet, soweit diesem nicht der Weg der Privatklage offen steht.“

Dieser Vorschlag, der zwischen der *gänzlichen Abschaffung* des Legalitätsprinzips und dem bisherigen System des *schrankenlosen* Legalitätsprinzips die, wie ich glaube, richtige Mitte hält, wird dazu dienen, die Staatsanwaltschaft und die Gerichte von mancher gänzlich überflüssigen Arbeit zu befreien und insbesondere die Strafverfolgung auf ein vernünftiges, dem öffentlichen Interesse wirklich entsprechendes Maß einzuschränken.

b) In den gemäß meinen Ausführungen im § 3, I b zur Zuständigkeit des Amtsrichters zu verweisenden Privatklagesachen kann auf Antrag des Gegners des Verletzten oder von Amts wegen die Verhandlung der Sache bis zur Beendigung des Krieges ausgesetzt werden.

c) Der § 244 StPO. ist dahin abzuändern:

„Das Gericht bestimmt den Umfang der Beweisaufnahme, ohne hierbei durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse gebunden zu sein.“

Diese Fassung, die den schon jetzt gemäß § 244 Abs. 2 StPO. in dem Verfahren vor den Schöffengerichten und den Landgerichten in der Berufungsinstanz geltenden Rechtszustand auf die Verhandlung *aller* Strafsachen ausdehnen will (wie dies auch *Plaschke* in der DJZ. 1917 S. 26 und *Petri* das. S. 164 empfehlen), entspricht allein der Würde des Gerichts und dem Vertrauen, wie man es mit Recht unseren Strafrichtern entgegenbringen darf. Die vorgeschlagene Abänderung ist um so notwendiger, als noch jüngst eine Verhandlung, wie die gegen den Angeklagten Schiffmann, der eine gegen ihn schwebende Verhandlung durch immer neue Beweisanträge monatelang auszudehnen verstanden hat, den deutlichsten Beweis liefert, zu welchen Mißbräuchen die jetzt geltende Vorschrift des § 244 Abs. 1 StPO. führen kann. Das Gericht kann auf diese Weise gezwungen werden, die überflüssigsten und unerheblichsten Beweise zu erheben, wenn diese auch offensichtlich nur bezwecken, das Verfahren in die Länge zu ziehen und das erkennende Gericht, namentlich das Schwurgericht, von dem Kern der Sache abzulenken.

d) Alle sonst noch empfohlenen Änderungen eignen sich m. E. nicht für eine Novellengesetzgebung.

Das Recht im Spiegel seiner Auslegung.[1]

Von Dr. *Adolf Merkl* in Wien.

B. *Wer hat Recht?*

Die Verneinung ist in der Regel die bequemere Position als ihr Gegenteil, die Bejahung. Das ist eine Erscheinung, die unter anderem insbesondere auch die Wissenschaft gegenüber ihrer Kritik, aber überhaupt auch gegenüber aller Nichtwissenschaft in Nachteil setzt. Die Erfahrung zeigt, daß man leichter, vielleicht auch öfter die Unrichtigkeit einer vermeintlichen Erkenntnis nachweisen, als ihre behauptete Richtigkeit verfechten kann. Einen ganz besonders schwierigen Standpunkt hat aber der Jurist, sei er nun Praktiker oder Theoretiker, wenn Fragen seines Faches auf der Tagesordnung stehen.

Der Laie ist gewöhnt, von einer Wissenschaft Eindeutigkeit zu verlangen, und dieses Verlangen wird in der Regel begründet sein; wir werden aber sehen, daß es gerade gegenüber der Rechtswissenschaft unbegründet wie sonst nirgends ist. Das stimmt nun freilich mit ihrem altüberkommenen Rufe nicht im entferntesten überein. Wir haben sie zum Beispiel für fähig gehalten, der Justiz Recht und Unrecht mit so mathematischer Exaktheit vorzuwägen, daß diese mit verbundenen Augen das Richtige treffen müsse. Da ist sie freilich schlechter als ihr Ruf, der Ruf ihrer Exaktheit, — wofern dieser Ruf ein guter zu nennen ist. Denn es ist wirklich erwägenswert, ob es wohl *wünschenswert* wäre, daß das Recht alle Lösungen und für alle Fälle nur je *eine* Lösung bereithalte, so daß seine Wissenschaft mit durchaus eindeutigen Erkenntnissen operieren könnte. Bewußt, mit Absicht, ist ja offenbar eine Lösungsmehrheit, Lösungsvielheit ins Recht getragen, wenn das Gesetz dem Richter Strafspielräume an die Hand gibt, innerhalb derer er im Einzelfalle wählen soll und darf, wenn das Gesetz eine Entscheidung vom freien Ermessen des zur Entscheidung Berufenen abhängig macht. In diesen Fällen muß eine auf das Gesetz allein basierte Rechtswissenschaft, die nicht durch außergesetzliche Normsysteme, nicht durch ethische oder politische Richtungen mitorientiert ist, auf eindeutige Rechtserkenntnisse verzichten, richtiger, als Recht all das sanktionieren, was der Richter in seinem „Erkenntnisse“ als Recht „erkennt“. Die Rechtserkenntnis

[1]) S. DRZ. vom 1. November 1916.

ist in diesen Fällen materiell durch des Richters Erkenntnis über das Recht bedingt. Er selbst hat insoweit nicht Recht zu k e n n e n oder zu erkennen, was Recht i s t — es fehlt ja vom Standpunkt des Gesetzes aus noch an einem Objekte der Rechtskenntnis und der Rechtserkenntnis —, er hat vielmehr durch sein E r k e n n t n i s maßgeblich festzustellen, was Recht sein solle, wobei er nicht so sehr eine Denkfunktion als vielmehr eine Willensfunktion ausübt, wobei er nicht rezeptiv, sondern produktiv vorgeht. Er trifft ja hiebei nur den einen Rechtssatz vor: „Recht ist, was du Richter als Recht e r k e n n s t" — „erkennst" nicht im intellektuellen, sondern im emotionellen Sinn — und hat in seinem Urteil erst dieses formelle Gesetzesblankett gewissermaßen zu materialisieren, für den ihm vorliegenden Einzelfall mit Inhalt auszufüllen, der aber für alle anderen gleichartigen Fälle unverbindlich ist. Die Rechtswissenschaft entfernt sich in diesen Fällen von ihrem Ausgangspunkte, dem Gesetze, wenn sie innerhalb des vom Gesetze offen gelassenen Rahmens noch Genaueres in Erfahrung bringen will, wenn sie etwa nur ein g a n z b e s t i m m t e s Strafausmaß innerhalb des gesetzlichen Strafspielraums für angemessen und darum rechtmäßig erklärt, wenn sie ganz bestimmte, dem Gesetze nicht zu entnehmende Direktiven für die Ausübung des freien Ermessens dem Richter an die Hand gibt. Es ist ja sicherlich auch eine andere Rechtswissenschaft als reine Gesetzeskunde denkbar, wir geben es sogar als möglich zu, daß sich eine rechtswissenschaftliche Richtung über das Gesetz als Rechtsquelle hinwegsetzt — geht man aber davon aus, daß das Gesetz die oberste Rechtsquelle und das Recht in letzter Linie ausnahmslos dem Gesetze zu entnehmen sei — und das ist der regelmäßige Ausgangspunkt — so wird man mit solchen wie den angedeuteten Weiterungen seinem Programme untreu. Denn man begibt sich mit solchen Einengungen der Ermessensfreiheit oder des Strafspielraumes, auf eine dem Gesetze fremde Plattform — dem Gesetze sind ja gerade die E r m e s s e n s f r e i h e i t, der S t r a f s p i e l r ä u m e, beide o h n e Schranken, eigen, das Gesetz schweigt dabei, um den Richter reden zu lassen — man verläßt aber alsbald wieder mit methodischer Inkonsequenz diesen vorübergehend eingenommenen, gesetzesfremden Standpunkt, um auf die Plattform des Gesetzes zurückzukehren, wo dieses das Recht inhaltlich ausgeprägt zur Schau trägt.

Zum erstenmal wurde es in der grundlegenden Rechtlehre K e l s e n s [2]) erwogen, ob diese Eigentümlichkeit des Rechtes, vielfach eine materielle Determinierung vermissen zu lassen, tatsächlich eine solche Besonderheit, ob sie nicht im Gegenteil eine allgemeine Erscheinung des Rechtes sei, eine Notwendigkeit, die, wie ich überzeugt bin, durch die abstrakte Form des Gesetzes bedingt ist. Ich muß mich übrigens auf der Stelle insofern berichtigen, als ich vom Gesetze als d e r Form des Rechtes spreche und was von d i e s e r Form des Rechtes gilt, als Eigentümlichkeit, als Notwendigkeit des Rechtes schlechthin nehme. Der End- und Totalerscheinung des Rechtes, d. i. die Entscheidung und Verfügung, kommt ja nämlich tatsächlich jene Qualität des Einzigen zu, die man irrtümlich bereits bei jenem verhältnismäßig unentwickelten Entwicklungsstadium der Rechtserscheinung, wie es das Gesetz ist, sucht. Das Gesetz k a n n noch gar nicht jene Individualisierung der Rechtserscheinung aufweisen, wie sie im letzten Akte der Rechtsanwendung erzielt wird, da es eine bewußtermaßen v o r der Rechtsanwendung eingeschobene Rechtsform, Entwicklungsstufe des Rechtes darstellt. Jenes Höchstmaß der Individualisierung, das die heutige, allzusehr auf die Rechtsform des Gesetzes eingestellte Rechtslehre bereits bei dieser als der vermeintlich einzigen Form des Rechtes festzustellen und — insoweit es nicht vorhanden ist — zu fingieren findet, kann erst mit den Formen der unmittelbaren Rechtsanwendung, als welche uns Verfügung und Entscheidung entgegentreten, erreicht werden, da ja sonst diese Rechtsgeschäfte entbehrlich wären; muß dem Gesetze fehlen, da es ja ansonsten um seinen Charakter als generelle Norm käme. Daß das G e s e t z dem R e c h t s a n w e n d e r noch manches zu sagen übrig läßt, drückt K e l s e n so aus, daß sich in der gesamten Rechtsanwendung ein Element freien Ermessens finde. Daß aber das Gesetz nicht alles für jeden Einzelfall sagt, klärt sich demnach so auf, daß es selbst nicht alles sagen k a n n, weil es selbst nicht alles sagen will, weil es selbst nur eine Form im Gestaltungsprozesse des Rechtes und zwar eine relativ noch sehr generelle, d. h. zugleich „unindividualisierte" Form des Rechtes sein will [3]). Daß mit dieser Auffassung die Rechtsanwendung, die man bisher nur als Dienerin des Gesetzes zu sehen gewohnt war, zu einem Akte der Rechtserzeugung emporwächst, daß damit auch der Richter etwas vom Berufe des Gesetzgebers erhält, den er freilich nur in arbeitsteiliger Gemeinschaft mit den formellen Gesetzgebungsorganen, mit der Verordnungsgewalt und mit etwaigen sonstigen Faktoren der Rechtserzeugung ausübt, indem er deren Zwischenprodukte zum Endprodukte des (in der Anwendung völlig individualisierten) Rechtes erhebt, indem er also den Prozeß der Rechtsgestaltung gewissermaßen krönt, daß sich hingegen diese R e c h t s e r z e u g u n g einschließlich der Rechtsschöpfung von Seite des Gesetzgebers, von dem man als dem angeblichen U r h e b e r alles Rechtes a u s z u g e h e n gewohnt war, unter dem Gesichtswinkel der ungleich allgemeineren, formelleren S t a a t s v e r f a s s u n g gesehen, wiederum nur als R e c h t s a n w e n d u n g darstellt, diese Erkenntnis der Relativität der legislativen und exekutiven Staatsfunktion, die ich mit freudiger Zustimmung bei T h o m a fand [4]), habe ich an anderer Stelle [5]) entwickelt und kann ich nicht weiter zum Gegenstand der vorliegenden Ausführungen machen. Für die hier zu beantwortende Frage ist nur der Gesichtspunkt maßgeblich, daß das Gesetz, als bloße Zwischenstufe und nicht Endglied der Rechtschöpfung, als verhältnismäßig allgemeinere Rechtsform, die noch die Besonderung durch den Rechtsanwender voraussetzt, auch noch nicht den parallelen Weg vom Abstrakten zum Konkreten, womit

---

[2]) Vgl. K e l s e n, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1911, S. 505/6: „Der W i l l e des Staates in der Rechtsordnung ist stets mehr oder weniger a b s t r a k t, die H a n d l u n g e n des Staates sind dagegen stets ganz und gar k o n k r e t. Das freie Ermessen der Staatsorgane ist nichts anderes als die notwendige Differenz zwischen dem Inhalte des a b s t r a k t e n Staatswillens in der Rechtsordnung und der k o n k r e t e n Staatshandlung in der Verwaltung, der Exekutive". Vgl. auch v o n V e r d r o ß, Österreichische Zeitschrift für öffentl. Recht, II. Jahrg., S. [illegible] Problem des freien Ermessens.

[3]) Diesen Gedanken wird eine umfangreiche Abhandlung von mir über die „Rechtseinheit des Staates" näher ausführen, die das „Archiv des öffentlichen Rechts" zu publizieren im Begriffe ist.

[4]) Vgl. T h o m a, Der Gesetzesvorbehalt nach preußischem Verfassungsrecht in der Festgabe für O t t o M a y e r, S. 179.

[5]) Vgl. Juristische Blätter, Jahrg. 1916 „Kaiserliche und behördliche Verordnung".

sich erst an Stelle der Vieldeutigkeit die Eindeutigkeit einstellt, zurückgelegt haben kann.

Mit dem Vorstehenden ist wohl bewiesen, daß es nicht nur nicht wünschenswert, sondern einfach unmöglich ist, daß das Recht, solange es die Form des Gesetzes aufweist und solange diese Rechtsform das einzige Objekt der Rechtswissenschaft ist, der Rechtswissenschaft eindeutige Erkenntnisse ermögliche. Ein so schwankes Erkenntnisobjekt muß im Lichte der Erkenntnis schwank erscheinen. Schwank — wenn man so die Bedingtheit durch den Richter, durch den letzten Rechtsanwender nennen mag. Kompakt wird ja, wenn ich so sagen darf, auch das Ergebnis der auf das Gesetz eingestellten Rechtswissenschaft, wenn man die Berichtigung, richtiger Ergänzung, die noch dem Rechtsanwender vorbehalten ist, durch die Formel vorwegnimmt: Recht ist a + b ... — z, wobei z die vom Rechtsanwender zu determinierenden Elemente bezeichnet. Formal ist ja auch auf diese Weise die Rechtserscheinung eindeutig bestimmt, wenn auch neben den materiell determinierten Elementen zum restlichen Teil nur durch die Delegation jenes Organes, dem die Ausgestaltung der derzeit noch in nuce ruhenden Elemente zukommt. Ebenso unbestimmt, wie im Stadium der vollendeten formellen Gesetzgebung das von der individuellen Rechtsanwendung, d. i. von der Verfügung und Entscheidung zu enthüllende Element z ist ja übrigens auch die Größe y, deren Zugabe zum Gesetzesinhalt auf dem Wege der Spezialisierung, Konkretisierung, Materialisierung der Rechtserscheinung etwa der Verordnungsgewalt als unmittelbarer Untergebener der Gesetzgebung vorbehalten ist[6]). Andererseits stellt, was man nicht vergessen darf, vom Standpunkte der Verfassung aus das nachmals von der Gesetzgebung konkretisierte Element b nicht anders wie nach vollendeter Gesetzgebung das y und z eine unbekannte Größe vor, die wir mit x bezeichnen wollen. In unserer Zeichensprache ist also Funktion der Gesetzgebung, die Unbekannte zur Bekannten zu machen, wodurch sich die Gesetzgebung zwar graduell, aber, wie nunmehr offenkundig wird, nicht essentiell von anderen rechtschöpferischen Staatsfunktionen unterscheidet. Daß es in diesem Lichte besehen, zur Willkür wird, wenn die Rechtswissenschaft durch die Rechtserscheinung gerade beim vollendeten Gesetze eine Schnittfläche zieht, die ihr die Einsicht in die fernere materielle Gestaltung des Rechtes verschließt, die ihr jede Rechtseinheit in zwei Hälften, eine materialisierte und eine formelle Hälfte zerlegt; warum ferner die Rechtswissenschaft gerade an diesem und nicht an dem gewiß näherliegenden Punkte der höchsten Konkretisierungsstufe ansetzt; welche Vorteile und Nachteile endlich beide Beobachtungspunkte haben — diese Probleme können im Zuge dieser Ausführungen auch nur aufgeworfen und nicht im entferntesten beantwortet werden. Nur so viel mag in diesem Rahmen angedeutet werden, daß sich mit der hier versuchten Verbreiterung der Rechtsbasis (in beiden Richtungen weit über die bisher isoliert betrachtete Erscheinungsform des Gesetzes hinaus) der Rechtswissenschaft Aspekte eröffnen, von denen sich die mit der Dürre des Gesetzes das ganze reiche echte Recht wegwerfenden Neuerer und „Bereicherer" des Rechtes, die Anhänger der soziologischen und anderer modernisierender Richtungen nichts träumen lassen. Wir haben — und zwar mit bestem Grunde — eine auf die Rechtsanwendung abgestellte, vornehmlich ihren Zwecken zu dienen bestimmte Rechtswissenschaft, die daher notwendig, wenn auch unbewußt, ihr Forschungsgebiet auf das Bereich der Gesetzgebung einschließlich der Verordnung absteckt und ebenso notwendig wie unbewußt von den letzten Konkretisierungsformen der Verfügung und Entscheidung absieht. Ihr großer Fehler ist nur, daß sie deren Funktionen bereits im Gesetze vorwegzunehmen versucht, wodurch sie vom Gesetze bereits abbiegt, dessen direkte selbstgesetzte Fortsetzung eben die Verfügung und Entscheidung ist. Erfassen wir aber neben dieser beschränkten Rechtswissenschaft, neben diesem Ausschnitt aus der Rechtswissenschaft, den die herrschende Lehre vom positiven Rechte repräsentiert, die Denkmöglichkeit einer um den unglaublich mannigfachen Inhalt der Entscheidungen und Verfügungen bereicherten Rechtswissenschaft — erst die Gesamtheit aller aktualisierten Rechtserscheinungen gibt uns ein Bild der gesamten geltenden Rechtslage — dann brauchen wir jene Pseudowissenschaft vom Rechte nicht, welche die Rechtssoziologen und andere vom „pulsierenden Leben" gefangenen Nicht-Juristen uns als juristisches Heilmittel reichen. — Doch auch die noch herrschende Rechtslehre fehlt, wenn sie uns an der Hand des Gesetzes bereits eine Besonderung der Rechtserscheinung vortäuscht, die in diesem Stadium noch nicht erreicht ist, noch nicht erreicht sein kann. Das Gesetz sagt uns durchaus noch nicht, was materiell Rechtens ist, es gibt uns vielfach nur auf die Frage Antwort: Wer hat Recht?, und verweist uns, bei diesem anzufragen.

* * *

Was im einzelnen Rechtens sei — das soll sich aus dem Gesetze, dem Urquell alles Rechtes, nicht entnehmen lassen? Darum soll erst bei einer anderen Stelle anzufragen sein?! Dieses Ergebnis der bisherigen Darlegungen mag nicht nur beim Laien, sondern insbesondere auch beim Juristen auf den Widerstand einer alten, wie wir nicht bestreiten wollen, für die meisten lieben und, was wir sogar gestehen wollen — schönen Denkgewohnheit stoßen. Denn dieses Ergebnis würde das Recht um den vermeintlich guten Ruf — daß dieser Ruf nicht so gut ist, weil er nicht gerade sinnvoll ist, wurde im vorigen gezeigt — also um den Ruf der Exaktheit, in den Verruf der Unbestimmtheit bringen.

Wir machen, wenn man so sagen will, aus der Not eine Tugend und erklären die teilweise materielle Indeterminiertheit der Rechtserscheinung des Gesetzes als diesem begriffswesentlich. Gerade die Juristen haben zu dem Rufe des Allvermögens des Gesetzes das meiste beigetragen, haben dem Gesetze die letzte Meinung über das, was Recht ist, entlocken zu können geglaubt. Juristen wurden und werden nicht nur zum Spotte von Nichtjuristen, sondern schämen sich geradezu auch vor einander, wenn sich herausstellt, daß ebenso viele Meinungen bestehen als Köpfe da sind. Und der Gipfelpunkt des Lächerlichen scheint nach allgemeinem Dafürhalten erreicht zu sein, wenn mehr Meinungen als Köpfe auftauchen, wenn schließlich gar eine Sondermeinung auftritt, die von jemandem vertreten sein muß, der zugleich eine andere Meinung hat. Das ist nun keineswegs eine solche Ungeheuerlichkeit, wie man glauben und glauben machen möchte. Viel unglaublicher scheint es mir vielmehr, wenn sich nicht eine Vielheit von Meinungen und zwar nicht etwa bloß bei den vielen Köpfen, sondern sogar eine

[6]) Nebenbei sei erwähnt, daß die Gebiete die Größen y und z vom Gesetze nicht einzeln, sondern nur zur Gänze abgesteckt sind. Nur der jeweils übrig bleibende Rest an Konkretisierungsmöglichkeiten verbleibt dem letzten Rechtsanwender, entfällt also auf die Größe z, während die Verordnungsgewalt als das dem Gesetzgeber formalfunktionell nächststehende Organ innerhalb des vom Gesetzgeber leer gelassenen „rechtsfreien" Raumes gewissermaßen die Sahne abschöpfen kann.

Vielheit im einzelnen Kopfe hervorwagt. Eine Vielheit freilich nicht von Ansichten darüber, was Recht ist — Recht sein kann immer nur etwas Ungeteiltes und insbesondere nichts Widersprechendes — sondern eine Vielheit der Ansichten darüber, was Recht werden könnte. Daß nur ein einziges Rezept den Gesetzesanwender zum Rechte geleite, das ist juristischer Wunderglaube. Vor allem sei hervorgehoben, daß der moralische Charakter durch eine solche „charakterlose" Meinungsmehrheit am wenigsten leide. Den Forderungen an die ethische Persönlichkeit ist genug getan, wenn man sich darüber im klaren ist, was (im Sinne des dem einzelnen vorschwebenden ethischen Gebotes) Recht sein sollte, womit die Einsicht in die logische Möglichkeit anderweitiger Lösungen keineswegs benommen zu sein braucht. Nicht alles logisch Richtige braucht übrigens auch ethisch gut zu sein. Setzt man nicht von vornherein das Recht mit der Sittlichkeit gleich, so hat man damit die Möglichkeit offen gelassen, daß Rechtliches sittlich indifferent oder umgekehrt, daß sittlich Indifferentes als Recht zu erkennen sei, und auch die womöglich noch weitere Distanz zwischen Recht und Sittlichkeit wird möglich, daß auf unzweifelhaftes Recht die Moral sogar negativ reagieren muß. Wer an solchen Gegensatz von Recht und Sittlichkeit nicht glauben möchte, setzt sich zu den Zeugnissen der Geschichte in Widerspruch, welche von den moralisch niedrigsten Rechts- und Staatsgebilden erzählt. Die Möglichkeit ungerechten und schlechten Rechtes ist die denknotwendige Konsequenz aus der Annahme eines vom Moralsystem selbständigen Rechtssystems. Jeder Kompromißversuch, um diese beiden disparaten (darum aber noch nicht einander entgegengesetzten) Normsysteme das Rechtes und der Sittlichkeit einander nahezubringen, geht, wie mir scheint, auf Kosten des einen oder anderen, setzt des einen oder des anderen Selbständigkeit aufs Spiel, wobei man regelmäßig das Recht in die Sittlichkeit aufgehen sieht. Um nur ein Beispiel anzuführen — in seiner Art jedenfalls das großzügigste und großartigste — ist Stammlers Versuch des „richtigen Rechtes" ein Widerspruch zu der eigenen Voraussetzung. Diese ist ja eben die Unabhängigkeit von Recht und Sittlichkeit. Von dieser Voraussetzung aus ist richtiges Recht noch keineswegs notwendig sittliches Recht. Doch meint Stammler keineswegs die „Richtigkeit" im Sinne des rechtlichen Normsystems, — womit sich ja durch die Beifügung des Attributes „richtig" zum Worte „Recht" eine Tautologie ergäbe —, sondern er hat „Richtigkeit" im Sinne eines moralischen Wertes im Auge. Derartig richtiges, d. h. ethisch wertvolles Recht gibt es nun zweifellos, durch das so verstandene Attribut der Richtigkeit kann aber das Recht an eigenem Rechtswert nicht mehr gewinnen. Es bleibt vom eigenen Standpunkt aus gleich gutes oder richtiges Recht — die Voraussetzung der Unabhängigkeit der beiden fraglichen Normsysteme zugegeben — ob es nun sittlich richtig, unrichtig oder indifferent sei. Vom Standpunkte der Ethik aus wird man freilich an den Gesetzgeber das Postulat richten, daß er das logisch gleich gut wie das Gegenteil mögliche, richtige Recht verwirkliche, und ebenso wird man vom Rechtsanwender verlangen, daß er unter seinen verschiedenen Wahlmöglichkeiten in dem von der Ethik gebotenen Sinne die Wahl treffe. Damit sind wir von unserem kurzen Exkurse auf dem Wege unserer Ausführungen zu einem Punkt zurückgelangt, der besonders ins Licht zu rücken ist. Geradesowenig, wie man dem Gesetzgeber, der schlechte, politisch verwerfliche Gesetze macht, den Vorwurf machen kann, er sei rechtswidrig vorgegangen, wofern er sich nur an die von der Verfassung vorgezeichneten Formen gehalten hat, kann man dem Gesetzesanwender, wofern er sich innerhalb des vom Gesetz eingeräumten Blankettes hält, Rechtswidrigkeit zum Vorwurf machen, wenn er, statt der in seiner Wahlmöglichkeit liegenden moralisch besseren eine schlechtere Lösung trifft. Denn welche dieser mehreren Lösungsmöglichkeiten rechtlich für diesen Fall geboten sei, das hat in rechtsverbindlicher Weise ausschließlich der Rechtsanwender zu entscheiden. Mit dieser Feststellung wurde den weiteren Ausführungen bereits vorgegriffen.

Es ist nur ein Fall des Vorbehalts des Rechtsanwenders, unter der Mehrheit der Lösungsmöglichkeiten die Wahl im Sinne der moralischen Pflicht zu treffen. Auch verschiedene andere Wertmaßstäbe und Einzelgesichtspunkte hat nur der Anwender des Gesetzes in das Gebiet des Gesetzes hineinzutragen. Wie bei der Einengung des Gesetzes im Sinne der Ethik, kann auch auf andere unzulässige Weise dem Rechtsanwender von dem auf das Gesetz eingestellten Rechtswissenschaftler vorgegriffen sein. Die ethisch beste Lösung ist sicherlich oftmals dem Rechte eigen, aber doch nicht gewissermaßen aus eigener Kraft, sondern kraft Wahl durch den Rechtsanwender. Der Rechtsanwender ist unter Umständen berufen, „richtiges", d. h. sittlich gutes Recht anzuwenden, nicht ist aber der Rechtswissenschaftler berufen, das Recht bereits in diesem Sinn zu richten. Ebensowenig hat ja der Verfassungsrechtler Politik zu machen, sondern dies dem Gesetzgeber zu überlassen. Der Jurist, der sich unbekümmert um die noch ausstehende Spezialisierung durch den Rechtsanwender im Wege der Entscheidung und Verfügung ein durchaus ins einzelne gehendes Rechtssystem zu zimmern unterfängt und für jeden Rechtsfall den einzig richtigen Rechtssatz parat zu haben glaubt, kommt mir ungefähr so vor wie jener Spezialist unter den Juristen, der bloß das Verfassungsrecht darzustellen unternimmt — das ist selbstverständlich eine mögliche und zulässige Einschränkung des Betrachtungsgegenstandes —, dies aber auf die Weise besorgt, daß er gleich bereits den Inhalt der auf Grund der Verfassung zu erlassenden Gesetze angibt. Tut er dies, so hat er seine Erkenntnisbasis verlassen, so ist er nicht mehr Verfassungsrechtler; gleichzeitig hat er aber den Boden des Rechtes verlassen, denn um zuverlässig dieses festzustellen, hätte er sich ja vom Gesetzgeber allein führen lassen müssen, der von der Verfassung zur Rechtserzeugung berufen ist. Ist ja doch in der historischen Gegebenheit nicht alles das Recht, was auf Grund der Verfassung Inhalt eines Gesetzes zu werden vermöchte und was hievon im Sinne irgendeines Normsystems (namentlich der Ethik und Politik) Recht werden sollte, sondern ausschließlich das, wovon der Gesetzgeber wollte, daß es Recht werde.

Während aber ein solches Vorgreifen, durch das der Bearbeiter des Verfassungsrechtes die Funktion des Gesetzgebers präokkupiert, bedingungslos als unwissenschaftlich, unjuristisch anerkannt würde, richtet man dem Rechtswissenschaftler derlei Schranken nicht auf; und doch könnte, wie der Verfassungsrechtler nur unvorgreiflich des Gesetzgebers, so er, der Rechtswissenschaftler schlechthin, nur unvorgreiflich des Rechtsanwenders das Recht erkennen, d. h. er kann das Recht nur erkennen, soweit es bereits erzeugt ist, nicht selbst erzeugen. Ist die Erzeugung noch nicht abgeschlossen — und das ist sie nach dem vorausgeführten erst mit dem letzten Akt der Rechtsanwendung — so bleibt dem

Rechtswissenschaftler nichts anderes übrig, als das Recht in diesem unfertigen Zustande, in dieser Unabgeschlossenheit, in dieser Bedingtheit durch weitere Handanlegung darzustellen. Diese Beschränkung seiner Erkenntnisfunktion ist aber heutzutage dem Juristen noch ziemlich fremd.

Ich habe soeben vom Rechtswissenschaftler schlechthin gesprochen und ihn zum Verfassungsrechtler in Gegensatz gestellt. Der, dem die zuletzt aufgezeigte Erkenntnisschranke aufgerichtet ist, kann aber gar nicht als der Rechtswissenschaftler schlechthin angesehen werden. Der Rechtswissenschaftler schlechthin — das ist wohl der Theoretiker, welcher sich mit der Totalerscheinung des Rechtes befaßt — hat derlei Schranken nicht mehr zu beachten. Er hat es ja voraussetzungsgemäß mit dem Endprodukte des Rechtserzeugungsprozesses, mit der Entscheidung und Verfügung, mit dem durchaus konkretisierten Recht für den Einzelfall zu tun, das nicht mehr des individualisierenden Zugriffs des Rechtserzeugers oder Rechtsanwenders bedarf, das in seiner materiellen Gestaltung nicht mehr durch das Wollen und Handeln einer Organperson bedingt ist.

Das Recht, das uns regelmäßig dargestellt wird, ist aber ebenso regelmäßig noch in seiner Materialisierung persönlich bedingt, nur lassen die Vorstellungen diese Bedingtheit nicht erkennen. Man vergißt eben, ja es kommt einem eigentlich gar nicht zum Bewußtsein, daß nicht das Recht schlechthin, sondern bloß das unfertige Entwicklungs-, das Durchgangsstadium des Rechtes, als das sich uns das Gesetz herausgestellt hat, Gegenstand der Erkenntnis ist. Es ist ja nur Gesetzeserkenntnis, was man unter dem umfassenderen Namen der Rechtswissenschaft betreibt. Ich habe nichts gegen diese Selbstbeschränkung der Rechtswissenschaft, wenn sie mit der entsprechenden Selbstbescheidung hinsichtlich der Erkenntnisresultate gepaart ist. Die Ergebnisse einer bezüglich ihres Objektes so beschränkten Wissenschaft können nur bedingte sein. Die Bedingung muß in einer in jeder Einzelerkenntnis mitenthaltenen Formel zum Ausdruck kommen. Die Erkenntnisse dieser auf das Gesetz abgestellten Rechtswissenschaft gelten gewissermaßen unpräjudizierlich der vom Rechtsanwender getroffenen Einzelentscheidung und Einzelverfügung. Das und nur das ist wirklich erschöpfende Rechtserkenntnis, wenn das Recht im Gesetzesstadium erfaßt werden soll, denn in diesem Stadium ist die materielle Gestaltung noch nicht erschöpft, ist sie für die Erkenntnis nur formell, durch die Verweisung auf noch unbekanntes Wollen und Handeln des Rechtsanwenders vorwegzunehmen. Der Rechtswissenschaftler maßt sich selbst diese im Sinne des (von ihm zu erkennenden) Gesetzes einem anderen zugedachte Rolle an, wenn er Rechtserkenntnisse für den Einzelfall in restloser Konkretisierung zum besten gibt.

Keine Wissenschaft kann über ihr Objekt hinaus; und sobald sie es versucht, über ihren Erkenntnisgegenstand hinauszukommen, wird sie ihrem Wesen, ihrem Berufe untreu. Das wird auch die Rechtswissenschaft, die zwar vom Gesetze ausgeht, von diesem Ausgangspunkte aus jedoch das ganze Recht erfassen will. Das Recht erschöpft sich nicht im Gesetze, mithin kann eine Gesetzeskunde nicht das Recht erschöpfen.

* * *

Sie soll es auch gar nicht. Hat sie nämlich, so lange sie sich streng an ihr Objekt, das Gesetz, hält, ihren guten Sinn, so verliert sie diesen, wenn sie von diesem Objekte aus weitergehende Erkenntnisse zu gewinnen strebt. Sie verliert ihr Objekt aus dem Auge, das sie nicht bloß zu erkennen hat, von dem sie gewissermaßen zu lernen hätte. Das Gesetz bescheidet sich bei seiner abstrakten und generellen Form und überläßt es dem Gesetzesanwender, durch dessen subjektive Zutat — eine Zutat aus dem mehr oder minder großen Schatze der Persönlichkeit des Rechtsanwenders — konkretisiert, individualisiert zu werden. Will die Rechtswissenschaft ein getreues Abbild ihres Objektes, d. i. vorausgesetztermaßen des Gesetzes sein — und dieser Beruf, das Erkenntnisobjekt zu kopieren, ist ihr wie aller Wissenschaft eigen — dann tut ihr dieselbe Selbstbescheidung wie ihrem Objekte not, dann muß — wie freiwillig das Gesetz — so notgedrungen die Gesetzeskunde sich sagen, daß einem anderen das letzte Wort zusteht.

Jetzt können wir aber vielleicht die Grenzüberschreitung des Erkenntnismöglichen, die sich unsere Rechtswissenschaft so oft zuschulden kommen läßt, verstehen, wenn auch nicht verzeihen. Entthront sich nämlich nicht eine Wissenschaft aus ihrer erhabenen Erkenntnisfunktion, wenn sie auf letzte Erkenntnisse zugunsten eines anderen, zugunsten eines Nicht-Gelehrten verzichtet? Es ist jedenfalls die Zumutung einer weitgehenden Selbstverleugnung, wie sie außer an die Jurisprudenz an keine andere Wissenschaft gestellt wird, daß sie auf eigene, scheinbar greifbar nahe Erkenntnisse verzichte, um einen anderen zum Erkennen zu berufen. Ist es überhaupt denkmöglich, daß ein anderer hiezu berufen sei, als die Wissenschaft, deren Beruf ja die Erkenntnis ist? Ist die Vorstellung vollziehbar, daß der Richter, der Rechtsanwender, das Recht besser kennen soll als der, dessen Beruf die Rechtserkenntnis ist, der Rechtsgelehrte? Ist es möglich, daß sich eine Wissenschaft vom Recht gestehen muß: „Ich weiß es nicht, was Recht ist?" und gleichzeitig bekennen muß: „Du Rechtsanwender" — das ist derjenige, der mit der technischen Behandlung derselben Materie, die der Wissenschafter intellektuell zu meistern bestrebt ist, — „du Richter — dieser ist uns nur Symbol oder Typus der Rechtsanwendung — hast Recht"? In welchem anderen Fache gibt die handwerksmäßige Behandlung eines Gegenstandes gerade diesen Vorteil vor der erkenntnismäßigen Befassung mit demselben Gegenstande? Ist auf anderen Gebieten die Praxis nur die Nutzanwendung der Theorie, so soll auf unserem Gebiete das umgekehrte Verhältnis Platz greifen? Ist anderswo die Praxis die Schülerin der Theorie, so soll vielleicht umgekehrt die Rechtserkenntnis von der Rechtsanwendung lernen, oder gar in jedem einzelnen Falle bei ihr anfragen müssen, was Rechtens sei? Bleibt da noch der Rest einer Wissenschaft zurück?

* * *

Es ist so, wie wir uns halb ungläubig gefragt haben, es steht die Rechtswissenschaft tatsächlich in dieser Abhängigkeit, in dieser Botmäßigkeit der Rechtsanwendung. Will sie erkunden, was im einzelnen Rechtens sei, dann frage sie — beim Richter an! Sein Teil ist das Besserwissen, ihres die Unwissenheit. Und dies will trotzdem noch Wissenschaft heißen?

Mit Recht spricht man selbst angesichts dieser Sachlage von einer Wissenschaft, wenn sie auch streng genommen nicht den Namen Rechtswissenschaft verdient. Ich muß an früher in anderem Zusammenhang Gesagtes erinnern. Was wir — und zwar mit gutem Grunde — unter dem Titel der Rechtswissenschaft betreiben, ist im Grunde nur eine Wissenschaft vom Gesetze. Diese Wissenschaft vom Gesetze kann nicht mehr beinhalten, als das Gesetz beinhaltet. Diese Gesetzeskunde kann unzweifelhaft das Gesetz in einer leichteren und besseren Fassung

wiedergeben, kann den Gesetzesinhalt in ein wohlgebautes System bringen, kann uns aber niemals sagen, was unter diesem System im Einzelfalle ausschließlich Rechtens sei, weil wir erst diesen Einzelfall an uns herankommen lassen und das Urteil des Richters abwarten müssen, unter welchen Rechtssatz und auf welche besondere Weise er diesen Einzelfall subsumiert. Die Rechtswissenschaft kann wohl auch gegenüber dieser Einzellösung zu der Erkenntnis kommen, daß sie falsch, mit anderen Worten, daß sie aus der abstrakten und generellen Norm unableitbar sei. So z. B. kann an der Hand des Gesetzes die Erkenntnis möglich werden, daß die Lösung n, weil unter den Lösungsmöglichkeiten a bis m nicht enthalten, unrichtig sei. Wollte sie aber, um bei unserem Beispiel zu bleiben, behaupten, daß nur die Lösung a oder m oder irgendeine bestimmte andere in dieser Reihe zulässig sei, dann hat die am Gesetz orientierte Rechtswissenschaft die Grenzen ihrer Erkenntnismöglichkeiten überschritten. Niemals kann es unwissenschaftlich sein, wenn sich eine Wissenschaft an die Grenzen ihres Objektes hält. Es wurde jedoch schon hinreichend deutlich ausgeführt, ein wie eng begrenztes Objekt das Gesetz ist. Das Gesetz verweist, so haben wir gehört, auf seine Anwendung, delegiert in gewissem Ausmaß den Rechtsanwender: Es kann von der Gesetzeskunde nicht unwissenschaftlich sein, wenn sie diese Verweisung erkennt und anerkennt. Es ist kein Verzicht auf eine selbständige Erkenntnis — das Urteil, daß ein anderer zum Erkennen berufen sei, sondern ein Gebrauch der eigenen Erkenntnisfähigkeit. Die Rechtswissenschaft als Gesetzeskunde vergibt sich nichts, wenn sie sagt, sie wisse nicht, was im besonderen Recht sei: im Grunde weiß sie es ja doch, indem sie auf Grund des Gesetzes das eindeutige und unzweifelhaft richtige Urteil abgibt: „Recht ist, was der Rechtsanwender auf Grund des Gesetzes als Recht erkennt." Sie bleibt für viele Fälle in der Lage, dem vermeintlichen Rechtsanwender etwas Unrichtiges nachzuweisen: das ist dann der Fall, wenn sich die Lösung für den Einzelfall aus der allgemeinen Gesetzesnorm als logisch unableitbar erweist. Sie ist aber andererseits auch oft genötigt, einem Rechtsanwender Recht zu geben, obwohl ein anderer Rechtsanwender anders vorgegangen wäre, obwohl insbesondere auch der betreffende theoretisierende Jurist als Praktiker ganz anders gehandelt haben würde. Nichts hindert ihn, die bestimmte vom Rechtsanwender getroffene Lösung zu verwerfen: das tut er aber nicht als Jurist, sondern in der Anwendung eines rechtsfremden Maßstabes. Die reinliche Sonderung zwischen Recht und allem ethisch und voluntaristisch Bejahtem ist allerdings der einzige Boden, auf dem die Erkenntnis reift, daß etwas persönlich Verneintes, ethisch Verworfenes — Recht sein könne.

Das Gesetz, um zusammenzufassen, scheint also in vielen Fällen, in vielen Belangen die Antwort auf die Frage schuldig zu bleiben: „Was ist Recht?" Und damit erweckt die am Gesetz orientierte und sich vernunft-, weil voraussetzungsgemäß dabei bescheidende Lehre vom Gesetzesinhalt den gleichen Anschein des Versagens angesichts der wichtigsten an sie gerichteten Frage. Streng genommen, gibt aber die Gesetzeskunde darauf Antwort, wenn auch Antwort in besonderer Fassung, wodurch das Problem auf ein anderes Geleise verschoben ist. Die Antwort lautet nämlich so, als wäre Frage: „Wer hat Recht." Die Frage: „Was Recht ist", wird mithin damit beantwortet, daß der genannt wird, der maßgeblich zu sagen hat, was Recht ist. Die Gesetzeskunde gibt also immer nur bis zu einem bestimmten Punkte, materiell zu wissen, was Recht ist, und deutet den Rest möglicher Rechtserkenntnis bloß formell an.

Das Aufklärungsbedürftigste bleibt aber immer noch aufzuhellen; wir wissen nun, daß die restlose materielle Rechtserkenntnis der auf dem Gesetze fußenden Rechtswissenschaft nicht zu entnehmen ist, wissen ferner auch, wer sie uns zu bieten vermag. Wieso aber der Rechtsanwender zu dieser scheinbar dem Rechtstheoretiker vorbehaltenen Funktion gelangt, ist noch verschleiert. Und ich schicke voraus: würde es sich tatsächlich um intellektuelles Erkennen handeln, dann wäre es auf keinen Fall beim Rechtsanwender zu suchen und zu finden. Ein vom Gesetze verliehenes Können steht in Frage. Erkenntnisfähigkeit kann aber selbst das mächtigste, das allmächtige Gesetz nicht verleihen. Ist ein Urteil, das der Richter auch für noch so richtig hält, aus dem Gesetze logisch unableitbar, dann ist es logisch falsch, dann ist es, wofern das Gesetz notwendige Durchgangsform des Rechtes ist, fürs erste überhaupt nicht Recht [7]).

Es handelt sich bei der dem Rechtsanwender vorbehaltenen Erkenntnisfunktion, soweit diese maßgeblich und aller Rechtstheorie überlegen sein soll, nicht um ein Denken, sondern um ein Wollen oder Handeln. Denken muß er wohl auch, der Rechtsanwender. Insoweit kann er aber von der Rechtswissenschaft kontrolliert und ins Unrecht gesetzt werden. Die freie Wahl unter den gesetzlichen Möglichkeiten, die der Rechtsanwender durch sein Erkenntnis trifft, — das ist der Punkt, wo er gewissermaßen den Rechtstheoretiker ins Unrecht setzt, ihn unfehlbar dann ins Unrecht setzt, wenn dieser sich ins Gebiet der Einzelfragen, der Fragen für den Einzelfall zu weit vorgewagt hat. — Ich muß an früher Gesagtes erinnern. Das freie Ermessen, der Strafspielraum sind Erscheinungen, die vom Gesetzeskundigen als solchem, also in Ausübung seines wissenschaftlichen Berufes in maßgeblicher Weise überhaupt nicht ausgefüllt werden können; wäre dies möglich, so wäre die Bezeichnung dieser Erscheinungen als Ermessen oder Strafspielräume bereits unzutreffend. Der theoretisierende Jurist kann hier höchstens Vermutungen über die mögliche Art der Ausfüllung dieser Blankette durch den Rechtsanwender anstellen, ist aber nicht in der Lage, diesem hierfür irgendwelche Weisungen zu erteilen. Jede beliebige Art der Ausfüllung muß er hinnehmen, womit er sich gar nicht unter eine fremde Botmäßigkeit, unter eine fremde Erkenntnis beugt, da er ja selbst die Instanz des Rechtsanwenders mit dieser Erkenntnisfunktion ausgestattet erkannt hat. Nichts anderes als für diese Fälle uferloser Ausfüllungsmöglichkeiten gilt für die Fälle einzelner weniger Auslegungsmöglichkeiten [8]). Wenn schon nicht die Wahl unter den unendlich vielen Möglichkeiten, so will die Rechtswissenschaft, welche Gesetzeswissenschaft ist, doch wenigstens die Wahl in den zahlreichen Fällen doppelter, aber nicht mehrfacher, geschweige denn vielfacher Lösungsmöglichkeit sich vorbehalten sehen. In den berühmten Beispielen der telephonischen Offerte oder der Speisewagengesellschaft, die von dem einen Standpunkt aus Gastwirt ist, vom anderen nicht, soll just die eine Lösung die richtige sein, die andere nicht? Da es die Rechtswissenschaft in diesen Fällen — die Beispiele ließen sich ins Unendliche vermehren — so gern auf eine einzige Lösung abgesehen hat, da man es geradezu für unwissenschaftlich hält, wenn man sich

[7]) A posteriori kann durch das Institut der Rechtskraft auch eine ungesetzliche Entscheidung oder Verfügung Recht werden.

[8]) Vgl. v. Verdroß, a. a. O.

nicht für das eine oder andere entscheidet — wiewohl gerade diese Einheitsentscheidung das Unwissenschaftliche ist — hat man das Schauspiel widersprechender Erkenntnisse[9]). Damit ist schon offenbar, daß zum mindesten eine der beiden Erkenntnisse falsch sein muß, da es ja eine doppelte Logik, eine doppelte Wahrheit nicht geben kann. In Wirklichkeit sind wohl hier wie in so vielen Fällen, wo auf die eine oder die andere Meinung geschworen wird, beide sogenannten Erkenntnisse unhaltbare Pseudoerkenntnisse. Hier und gleicherweise in zahllosen anderen Fällen ist mit den Mitteln der Logik eine Wahl nicht möglich, erweist sich rein erkenntnismäßig beides als gleich gut möglich; und nur der Richter kann in diesen Fällen die für den Einzelfall unentbehrliche Wahl vornehmen. Er freilich nicht mit den Mitteln der Erkenntnis — denn die würden nicht weniger, ja voraussetzungsgemäß ungleich besser der Rechtswissenschaft zu Gebote stehen —, sondern kraft seines persönlichen Willens, der bei der Unentschiedenheit des Gesetzes in verbindlicher Weise durch das rechtskräftige Erkenntnis die Wahl trifft. Von Rechts wegen ist also, soweit sich das Gesetz nicht eindeutig erklärt hat, das richtig, wofür sich der Richter entscheidet, — nicht weil dies als Recht zu erkennen ist! — Hand aufs Herz! für die Gegenmeinung gäbe es ebensoviele Gründe — sondern weil der Richter, freilich nur in diesem engen Kreise, im Rahmen des gesetzlichen Blanketts, Recht sprechend Recht geschaffen hat. Wer sich daran stößt, daß einander Widersprechendes gleicherweise, gleich gut Recht soll sein können, dem sei etwa die hie und da bestehende verfassungsrechtliche Einrichtung der enbloc-Annahme oder enbloc-Ablehnung von Gesetzesvorschlägen vorgehalten. Da gibt es auch nur zwei Möglichkeiten, und zwar einander gerade Entgegengesetztes, zwischen dem dem Gesetzgeber die Wahl zusteht. Man wird hier ohne weiteres dem Gesetzgeber die freie Wahl zubilligen, indem man, wie immer jene Wahl ausfallen mag, das Ergebnis dieser Wahl als rechtmäßig, im besonderen verfassungsmäßig bezeichnen wird. Man sieht also, daß die eine inhaltlich undeterminierte Verfassung vielerlei, mitunter aber auch nur zwei gerade entgegengesetzte Varianten offen läßt. Dasselbe wiederholt sich aber auch auf niedrigerer Stufe der Rechtshierarchie und wird nunmehr nach diesem Vorbilde wohl für möglich gehalten werden: Das inhaltlich undeterminierte Gesetz — und diesen Charakter weist auch die sogenannte Lücke im Gesetze auf — läßt dem Rechtsanwender vielerlei, ganz besonders gerne aber zwei einander entgegengesetzte Lösungsmöglichkeiten offen, zwischen denen die Gesetzeserkenntnis ebensowenig eine Wahl treffen darf, wie die Verfassungsrechtslehre es zwischen den gesetzgeberischen Möglichkeiten dürfte, welche die Verfassung darbietet. Der Gesetzgeber schafft nicht Recht, weil er bei der Art der Ausfüllung Recht hat, sondern er hat Recht, die Art seiner Ausfüllung des Gesetzesblanketts ist richtig, weil und sofern er (in gewissen formellen Grenzen) willkürlich Recht schaffen darf. Diese Vorstellung, die beim Gesetzgeber völlig gangbar ist, hat jedoch auch beim Rechtsanwender, der von ihm nur graduell absteht, wie ungewohnt sie auch in diesem Zusammenhange sein mag, ihre völlig gleiche Berechtigung. Die logische Ordnung der Dinge ist nicht die, daß seiner Entscheidung und Verfügung Rechtskraft zukommt, weil sie richtig ist, sie ist vielmehr als richtig anzusehen, weil und soweit sie von Rechtskraft ist, soweit sie Recht zu schaffen vermag, das vom Gesetze noch nicht zu Ende geführt ist.

Die Fähigkeit des Richters wie überhaupt des Rechtsanwenders, zu sagen, was Recht ist, kann nach all dem nicht als Zeichen besseren Wissens, das man vielleicht zuerst darin erblicken mochte, sondern ausschließlich als Zeichen stärkeren Könnens gewertet werden. Die aristokratische Auslese im Gesetzesrecht durch den Richter (wie nicht anders im verfassungsrechtlich Möglichen durch den Gesetzgeber) wird nach außerrechtlichen Gesichtspunkten vollzogen, die dadurch ins Bereich des Rechtes getragen sich, daß sie Motivationen des zur Entscheidung berufenen Rechtsanwenders sind. Auf dem Umwege des in gewissen Grenzen zu irgendeiner, gleichgültig welcher Entscheidung berufenen Rechtsanwenders ergeben sich Ethik und Politik und manches andere als delegierte, vermöge des ungebundenen richterlichen Willens rezipierte Rechtsquellen. Bei der Gesetzeserkenntnis ist man zu derlei Rezeption noch nicht berufen, weil auf dieser Stufe das Bedürfnis zur Eindeutigkeit im Rechtssystem noch nicht gegeben ist. Dieses Bedürfnis wird hinlänglich durch die im letzten Stadium der Rechtswerdung eintretende unfaßbar ergibige Determination, durch den subjektiven richterlichen Willen befriedigt. Das Blankett, welches gegebenes Recht mit materiell fremden Erscheinungen verbindet, die sich der delegierte Wille des Rechtsanwenders zu eigen macht, fehlt übrigens völlig bei der Rechtserkenntnis. Diese ist durch nichts in die Lage versetzt, Rechtsfremdes auf welche Weise immer dem Rechte zu akquirieren; ein Unvermögen, das wiederum mit der Funktion als Wissenschaft zusammenhängt. Wissenschaft ist Reproduktion und Reproduziertes kann in keiner Richtung über das zu Reproduzierende hinausragen. Die Rechtsproduktion hingegen geht wie überall so auch beim Richter, der, soweit er zwischen Wahlmöglichkeiten entscheidet, soweit er Lücken ausfüllt, Rechtserzeuger ist, materiell außerrechtlich vor sich, was nicht ausschließt, daß sie wie alle Rechtserzeugung formell Rechtsfunktion ist, wozu sie durch die mitunter weitreichende Vollmacht des Rechtsanwenders gestempelt wird. Diese Vollmacht kann die Rechtswissenschaft nur erkennen, niemals teilen.

* * *

An anderer Stelle[9]) habe ich ausgeführt, daß Rechtsanwendung wie Rechtswissenschaft, also juristische Theorie und Praxis, nichts als Rechtsauslegung seien. Nachdem nunmehr von mehreren Punkten aus in die unterschiedlichen Funktionen der Theorie und Praxis, namentlich der Rechtserkenntnis und des Rechtserkenntnisses, Einblicke gewonnen sind, ist es an der Zeit, sich der unterschiedlichen Methoden der Auslegung zu besinnen. Die Rechtspraxis bedient sich also, wie damit schon angedeutet ist, einer anderen Interpretationsmethode als die Rechtstheorie. Die Rechtspraxis zielt ja darauf ab, neues Recht zu schaffen, während die Rechtstheorie das jeweils, sei es auf welcher Entwicklungsstufe immer geschaffene Recht nur klären, erklären will. Die erkenntnismäßige Rechtsauslegung ist auf die gegebene Rechtsmaterie beschränkt; neue Rechtspartien anzugliedern, das gegebene Recht durch die Hereintragung bisher rechtsfremder Elemente zu erweitern ist der Zweck,

[9]) Hiergegen sind einander widersprechende Erkenntnisse als Willensprodukte der Richter, wie ja schon die Erfahrung zeigt, ohne weiteres denkbar und sogar, was erst später klar werden soll, trotz des inneren Widerspruchs gleichzeitig als richtig anzusehen.

[9]) Vgl. den 1. Aufsatz dieser Serie in der Nummer vom 1. November 1916 und meine Abhandlung in der Grünhutschen Zeitschrift 1./2. Heft 1916, „Zum Interpretationsproblem".

der Rechtspraxis, die zugleich Rechtsproduktion ist [10]. Wie sich uns das Gebiet der Rechtsproduktion als ungeahnt erweitert darstellt, indem wir ihm weitere Stufen angegliedert haben, die für die bisherige Lehre mit ihr nichts zu tun zu haben schienen, haben wir auch das Gebiet der Auslegung ungeahnt erweitert. In der Hand des Rechtstheoretikers trifft sie mit der Rechtserkenntnis, in der Hand des Praktikers mit der Rechtsproduktion zusammen. Diese letztere erweist sich übrigens als nichts denn authentische Interpretation, die — ich wüßte nicht aus welchen Gründen — nicht Monopol des formellen Gesetzgebers, sondern schlechthin Instrument des Rechtserzeugers ist.

In einem Werdegange einer unbestimmten Anzahl von Interpretationsprozessen, wobei intellektuelle und authentische Interpretation in eigentümlicher Weise miteinander abwechseln, entwickelt sich der einfache, inhaltsarme, aber ungeahnt entwicklungsfähige Rechtsstoff, wie er durch die Verfassung repräsentiert wird, zu einem überreich verzweigten System von Rechtserscheinungen. Man wird an die Bilder des Nervensystems, das durch das Gehirn konstituiert wird, des Blutgefäßsystems, das im Herzen sein Zentrum hat, erinnert. Noch sprechender ist aber ein Bild, das nicht ein Sein, sondern ein Werden darstellt. Den Fluß, der in Katarakten abfällt, welche durch Klärungsbecken voneinander getrennt sind, gibt uns ein Vorbild der Rechtswerdung, an der erkenntnismäßige und schöpferische Auslegung zusammenwirken. Durch einen großen Schritt, einen förmlichen Sturz in der Entwicklungsreihe der Rechtsgenesis, ist der gegebene Rechtsstoff mächtig aufgewühlt. Da setzt die Klärungsarbeit der Rechtswissenschaft ein. Doch das Gewässer, die Rechtswerdung, steht nicht still; sie macht einen weiteren großen Schritt dem Endziel zu; und wieder gibt es Anlaß für wissenschaftliche Klärungsarbeit, und so fort, bis die Entwicklungsreihe der Rechtserscheinungen erschöpft, bis der Strom im Meer der Einzelheiten gemündet ist. Und noch ein sprechenderes Bild stellt uns der Strom dar, in den von Etappe zu Etappe fremde Gewässer münden; nicht anders nimmt die stufenweise Rechtserzeugung fremde Elemente in die Rechtsmaterie auf, die nach dieser Rezeption zwar formell unverändert ist, der Wissenschaft aber nun reichlich Assimilationsarbeit zu leisten übrig läßt. Doch nach der Klärung tritt wieder eine Vermischung ein, bis auch auf diesem Wege das Meer der Einzelheiten, das ist das völlig individualisierte, völlig konkretisierte Recht erreicht ist.

* * *

Die niedrigere oder auch, wenn man will, höhere, jedenfalls die vorgeschrittenere Stufe im Prozeß der Rechtserzeugung basiert begreiflicherweise stets auf der vorangegangenen. Es handelt sich prinzipiell nur um einen Zubau, richtiger Aufbau, nicht um einen Neubau. Weniger bildhaft gesprochen: Die authentische Interpretation kann prinzipiell nur innerhalb des Rahmens, den die — selbstverständlich ihrer (vorhin gekennzeichneten) Grenzen bewußte — intellektuelle Interpretation offen gelassen hat, weiterwirken. Die Rechtsentwicklung muß in der einmal eingeschlagenen Entwicklungslinie des Rechtes bleiben. Wie die Rechtswissenschaft falsche Rechtserkenntnisse, so kann die Rechtserzeugung unrichtige Rechtserzeugnisse zutage fördern (wobei freilich die Ausdrücke Rechtswissenschaft und Rechtserzeugung nicht mehr ganz am Platze sind). Mit anderen Worten ausgedrückt: die Rechtserzeugung ist nicht schrankenlos, namentlich nicht auf der untersten Stufe, die mit der Rechtsanwendung zusammenfällt: hier hat das schöpferische Moment ein verhältnismäßig nur sehr enges Bewegungsfeld.

Und doch kann die Rechtserzeugung, im besonderen die Rechtsanwendung, alle diese Schranken übersteigen. Es ist das Institut der Rechtskraft, wodurch Unrecht des Rechtsanwenders zum Recht gewandelt wird. Dieser interessantesten Erscheinung der Rechtsanwendung, daß der Richter vermöge der Rechtskraft letzten Endes immer Recht hat, wenn er sich auch zum gesetzten Recht in noch so entschiedenen Gegensatz stellt, soll die weitere Untersuchung auf den Grund gehen.

[10] Vgl. das oben Ausgeführte über die Relativität von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung der beiden Erscheinungen der hier sogenannten Rechtspraxis.

Zur Beurteilung der Tagespresse durch die Justiz und die Verwaltung machte Herr Geh. Hofrat Dr. Reichardt-Dresden bei der Besichtigung des technischen Betriebs der Dresdner Nachrichten durch Teilnehmer an dem ersten Kriminalistischen Fortbildungskursus bei der Kgl. Polizeidirektion in Dresden u. a. die nachfolgenden interessanten Ausführungen:

Der Betrieb einer Tageszeitung zerfällt im allgemeinen in drei Zweige: in den redaktionellen, den kaufmännischen und in den technischen Teil. Der kaufmännische — um das gleich vorwegzunehmen — besteht darin, daß die Zeitung propagiert, d. h. ein großer Abonnentenkreis gewonnen wird, und daß die für die wirtschaftliche Existenz einer heutigen Tageszeitung notwendigen Inserate in geschäftlich geschickter Weise gesichert werden. Diese Seite des Zeitungsbetriebs möchte ich an dieser Stelle aber nicht eingehend behandeln, sondern habe sie nur der Vollständigkeit des Bildes wegen erwähnt.

Wichtiger für Ihre Zwecke scheint mir die redaktionelle Seite des Blattes. In der Redaktion am Sitze der Zeitung werden die meisten für den Charakter und die Haltung des Blattes maßgebenden Artikel verfaßt, nachdem sie in wichtigen Fällen kollegial besprochen worden sind. Weiter besteht die Tätigkeit der Redaktion darin, daß die eingehenden Manuskripte ständiger oder gelegentlicher Mitarbeiter vom Standpunkte des Blattes geprüft und nach ihrer Verwendbarkeit behandelt werden.

Ich brauche Ihnen ferner wohl kaum erst des näheren auszuführen, daß jede Zeitung einen größeren Stab ständiger Mitarbeiter haben muß und in Ergänzung desselben eine noch viel längere Reihe externer regelmäßiger oder gelegentlicher Mitarbeiter, die teilweise im Orte des Blattes selbst und zum noch größeren Teile auswärts von Fall zu Fall wirksam werden. Zu immer größerer Bedeutung hat sich auch die Einrichtung von Telegraphen- und Korrespondenz-Bureaus für den Nachrichtendienst und die Berichterstattung ausgewachsen. Es dürfte mehr oder weniger bekannt sein, daß für den großen internationalen Nachrichtendienst die drei großen Telegraphen-Bureaus von Wolff in Berlin, die Agence Havas in Paris und Reuters Bureau in London bestehen. Jedes dieser Bureaus hat an verschiedenen größeren Orten seines Gebiets, also alle drei zusammen in der ganzen Welt, eine größere Anzahl von Agenturen und Hunderte, ja Tausende einzelne Korrespondenten, durch welche die Nachrichten in die großen Zentralen und von diesen wieder an die Zeitungen der ganzen Welt geleitet werden. Die drei großen internationalen Bureaus haben sich durch Verträge zum gegenseitigen Austausch ihrer Nachrichten verpflichtet. — Für die Berichterstattung über Vorgänge, die zwar zunächst einen lokal begrenzten Kreis berühren, aber doch allgemeineres Interesse haben (Kongresse, sensationelle Prozesse usw.) bestehen Korrespondenzbureaus im engeren Sinne, welche durch an die betreffenden Orte entsendete Berichterstatter ausführliche Berichte telegraphisch oder telephonisch — für Deutschland z. B. nach Berlin — geben, von wo wiederum vervielfältigte Manuskripte

In einer der ersten Nummern der Österreichischen Richterzeitung, der vom Oktober 1907, hieß es, die Vereinigung sei sich bewußt, daß für ihre eingreifenden Vorschläge über Anerkennung einer Art Selbstverwaltung der Richter in Standes-, insbesondere Personalfragen, das Feld erst gepflügt werden müsse und die Verwirklichung nicht auf einmal erfolgen werde. In der Hauptsache ist das nun mit dem neuen Grundgesetz geschehen, freilich, wie Professor Löffler[10]) sagt, als ein Experiment, dessen Ausgang man mit Spannung erwartet.

Für die Ernennung zum Richter machen die durch das Gerichtsverfassungsgesetz dazu bestimmten Senate ihre Besetzungsvorschläge. Wie diese Senate berufen werden, steht noch aus; die ganze Bestimmung tritt erst mit einem neuen Gerichtsverfassungsgesetz in Kraft. Seither wurden die Personalsenate, die z. B. qualifizierten, durch die Präsidenten berufen. In den Kreisen der Richtervereinigung besteht Neigung für Wahl durch die Richter; doch verhehlt man sich nicht, daß diese Lösung ihre Bedenken hat; Parteigeist und Kliquenwesen könnten dadurch Einfluß auf wichtige Personalangelegenheiten gewinnen[11]). Die Regierung will einstweilen nichts von solchen Wahlen wissen, obwohl sie für den Verwaltungsgerichtshof bereits verfügt sind. Eine dritte Art wäre die Besetzung nach gesetzlich feststehenden Merkmalen wie bei unserem Präsidium; für die Übergangszeit ist es so. Bei der endgültigen Regelung wäre wohl auch den jüngeren Richtern eine Mitwirkung zu gewähren.

Einen im Vorschlag nicht enthaltenen Bewerber darf die Regierung nicht ernennen, soweit nicht das (künftige) Gerichtsverfassungsgesetz Ausnahmen gestattet. Hierbei ist an Rechtslehrer, Advokaten, Ministerialbeamte gedacht. Man fürchtet scheint's, die Personalsenate könnten sich aus Eigennutz nicht zu solchen Vorschlägen entschließen. Die Besetzungsvorschläge haben, wenn genügend Bewerber vorhanden sind, mindestens zwei Personen mehr zu umfassen als Richter zu ernennen sind. Der ernennenden Behörde steht also immer noch eine Auswahl zu. Zu den Ernennungen in diesem Sinne gehören auch die auf eine andere Stelle, die Versetzungen und Beförderungen.

Auch unsere besten Freunde haben gegen diese Einrichtungen manche Bedenken. Die Gefahr der Günstlingswirtschaft ist bei einem bindenden Vorschlag oder einer Ernennung von seiten der Richter um kein Haar geringer als bei der Ernennung durch das Staatsoberhaupt. So wies Reichert auf dem zweiten deutschen Richtertag 1911 darauf hin, daß sich dabei ein System der Inzucht für die Besetzung von Richterstellen an sehr begehrten Plätzen bilden könne[12]). Der bereits erwähnte Österreicher Burckhard, der in seiner Schrift über den Richter für die Unabhängigkeit eintritt wie nur irgendeiner, sieht in einer auf sich selbst gestellten richterlichen Gewalt, in einem autonom organisierten Richterstande mehr eine Gefahr[13]). Ebenso ist nach dem erwähnten Österreicher Löffler mit dieser weitgehenden Autonomie die Gefahr einer zunftmäßigen Abschließung der Berufsrichter und die Gefahr einer geistigen Inzucht verbunden, die ihren Wert erst erweisen muß[14]).

Das Richtige trifft wohl Burckhard, wenn er das Prinzip der Autonomie als eine geeignete Ergänzung zu dem Grundsatz der Ernennung treten läßt.

Freilich die jetzt Lebenden können die Bedenken früherer Zeiten leicht schwinden sehen. Die Massenherrschaft hat solche Einrichtungen nötig gemacht. Mögen im Fürstenstaat Begünstigungen vorgekommen sein, unter jener besteht die Gefahr, daß sie Grundsatz werden. Die Justizverwaltung ist nicht von einem unparteiischen Staatsoberhaupt abhängig, sondern vom Willen der jeweils herrschenden politischen Parteien. Wohin aber unter ihrer Führung die Reise geht, beweisen Wahlrichtertum und andere Erscheinungen im Rechtsbetrieb des Altertums und der Gegenwart. So besteht die Gefahr, daß die Justizverwaltung bei der Auswahl nach politischen Gesichtspunkten verfahren muß. Eine solche Gefahr bestünde bei einem Richterkollegium nicht. Die Richter sind verpflichtet und gewohnt, in ihrer Haupttätigkeit sachlich zu sein und diese Gewohnheit verließe sie auch in Personalsachen nicht. Wie aber Justizminister zeitenweise diesem oder jenem Druck der politischen Parteien nachgeben müssen, wissen unsere österreichischen Amtsgenossen aus den dortigen Nationalitätenstreitigkeiten zur Genüge.

VI.

Unabhängigkeit nach oben war die Forderung der Vergangenheit. Die Gegenwart muß sie mit noch größerer Entschiedenheit geltend machen und mit mindestens der gleichen die Forderung der Unabhängigkeit nach unten hinzufügen.

Die Füße derer, die sie begraben möchten, stehen vor der Tür. Hinter ihrem Sarge schritte als erste Leidtragende — die Gerechtigkeit. Begrüßen wir jedes Mittel, der Unabhängigkeit neues Leben zu geben! Das neue österreichische Gesetz zeigt uns solche.

[10]) Strafverfahren. Wien 1919 S. 26.

[11]) Dr. v. Engel, Organisation der Justiz. Wien 1919 S. 7.

[12]) Stenogr. Bericht S. 149.

[13]) a. a. O. S. 18 f. und 37 f. Vgl. auch die Bedenken von Rasch, R. u. W. 1919 S. 72.

[14]) a. a. O. S. 26.

Das Recht im Lichte seiner Auslegung.

Von Dr. Adolf Merkl in Wien.

5. Subjektive und objektive Auslegung.

Vom Gesetz gilt, was Hamerling von der Dichtung sagte: „Ich glaube zunächst, daß jedes echte Dichtwerk vieldeutig ist, wie ein Naturwerk; ... daß eine künstlerische Schöpfung so geheimnisvoll tief ist, so wenig auszuerklären, als das Leben selbst; daß daher die Frage nicht sein kann, was der Künstler oder Dichter mit Bewußtsein hineingelegt, sondern was überhaupt darin liege“[1]).

Das ist freilich zunächst nur ein Bekenntnis, eine höchst subjektive Überzeugung: des großen Dichters, den ich mir anzurufen erlaubte, nicht anders als meinerseits. Es wird sich erweisen, ob dieses Urteil mehr sein kann als Überzeugungssache; ich glaube nicht; ich glaube, daß es in diesem Punkte kein Wissen, sondern nur einen Willen, daß es keine Erkenntnis, sondern nur eine Überzeugung gibt.

Doch dies ist späteren Ausführungen, ja geradezu den Ergebnissen, bereits vorgegriffen. Zuerst bin ich verpflichtet zu sagen, was in Diskussion steht.

Mit der Anführung der Gewissensfrage, die an jeden — bewußt — interpretierenden Juristen herantritt: „Soll ich das Gesetz subjektiv oder objektiv auslegen?“ ist unser Problem charakterisiert, wenn auch nicht eindeutig bestimmt. Auch um diese eindeutige Bestimmung hat es seine eigene Bewandtnis. Ist eine solche überhaupt möglich, angesichts so verschwommener Begriffe?

Die subjektive und die objektive Interpretation bedeuten nur Kategorien der Auslegungsmöglichkeiten — wie ich gleich bemerken möchte, nicht weniger fundamentale als das Kategorienpaar doktrinäre und authentische Interpretation — zwei Kategorien, durch die die geltenden Auslegungsmethoden

[1]) Epilog an die Kritiker zu „Ahasver in Rom“. Volksausgabe von Dr. M. M. Rabenlechner, Hamburg, Verlagsanstalt und Druckerei AG. S. 203.

gleichfalls in zwei große Lager gespalten werden[2]). Jede dieser Kategorien hat ihre zahlreichen Variationen — und selbstverständlich gibt es auch auf diesem Gebiete, zutreffender müßte ich sagen: zwischen diesen beiden Gebieten — wie in so vielen Fällen, für die der logische Satz gilt: tertium non datur — gibt es also auch hier Vermittlungsversuche, Zwischenbildungen, oder sagen wir ehrlich: Zwitter, Halbheiten.

* * *

Das objektive Recht ist in seiner Existenz, wie alles Seiende, verursacht; es ist auf ein Subjekt zurückzuführen. Wesenszug der subjektiven Interpretation ist es nun, auf dieses Subjekt zurückzugreifen, diesem selbst und nicht bloß seiner Äußerung eine Bedeutung zuzuschreiben, auf die im Zweifelsfalle; wenn nicht in jedem Falle zu rekurrieren ist. Das Gesetz ist ihr nur Erscheinung und bleibt ihr immer bloße Emanation. Für den subjektiven Interpretator ist notwendig einzig maßgebliche Instanz das emanierende Prinzip.

Da dieses emanierende Prinzip, da jene Ursache, welche dem gegebenen Gesetze zugrunde liegt, in der Vergangenheit gelegen ist, erweist sich die Berechtigung des sprechenden Namens von der historischen Interpretation. Streng historisch geht aber, wie gleich an dieser Stelle bemerkt sei, auch die sich so benennende Auslegungsmethode nicht vor, weil sie dem Gesetze doch wohl eine vom historischen Standpunkt aus nicht zu rechtfertigende Bedeutung einräumt. Das Gesetz, das bei konsequentem Vorgehen nur eines der verschiedenen Dokumente des Gesetzgeberwillens zu sein hätte, das sich auf die Rolle eines den Gesetzgeberwillen bezeugenden geschichtlichen Belegmittels zu beschränken hätte und vor anderen vorfindlichen Willensausdrücken des Gesetzgebers keinen Vorzug verdiente, wird augenscheinlich überwertet und rückt auch in den Augen des historischen Interpretators an eine Stelle, die nur vom Standpunkt ahistorischer, den subjektiven Gesetzgeberwillen vernachlässigender, wo nicht verschmähender Interpretation gerechtfertigt wäre.

Die objektive Interpretation ist dagegen dadurch charakterisiert, daß sie von den dem Gesetze zugrunde liegenden psychischen Erscheinungen abstrahiert, sich nicht darum kümmert, ob das Gesetz ein gelungener oder mißlungener Ausdruck des Gesetzgeberwillens sei; daß sie das Gesetz als ein selbständiges Ding betrachtet, durch dessen Schöpfung sich der Gesetzgeber jedes maßgebenden Willens entäußert habe; ein Ding, das gewissermaßen entsubjektiviert, objektiviert, petrifiziert ist, ein Petrefakt vom Standpunkt seines Urhebers aus, aber doch andererseits eine Erscheinung voller „Eigenleben“.

Wodurch diese von der objektiven Interpretation entseelte Erscheinung des Gesetzes belebt wird, das ist die Psyche des Interpretators, die gerade bei objektiver Interpretation ungeahnte Entfaltungsmöglichkeiten hat: ein Satz, der hier nur vorausgeschickt sei, um an späterer Stelle bewiesen zu werden.

Auch dies sei hier noch im voraus festgestellt, daß im Gegensatzpaare „objektive und subjektive Auslegung“ diese Wörter in anderem Sinn verstanden werden, als am Platze, oder wenigstens denkbar wäre:

Bei der subjektiven Auslegung ist nicht an die subjektive Sphäre des Auslegenden, sondern, kurz ausgedrückt, des Auszulegenden zu denken. Man sieht wohl ein, daß dasselbe Wort mit mindestens gleich gutem Recht jener Auslegungsmethode den Namen geben könnte, die der subjektiven Sphäre des Interpretators den größeren Spielraum läßt: das ist, wie schon im vorigen festgestellt wurde und im folgenden zu erweisen sein wird, gerade die sogenannte objektive Interpretationsmethode.

Andererseits könnte gerade die historische Auslegung mit gutem Grunde die objektive heißen; ist doch der Raum, der bei der sogenannten objektiven Auslegung der Ausfüllung aus der psychischen Sphäre des Auslegenden heraus freisteht, für die historische Auslegung durch den psychischen Willen des Gesetzgebers ausgefüllt und objektiver Erfassung, objektiver Erkenntnis zugänglich. Die Namen sind mithin nicht bezeichnend, ja wenn man ihnen auf den Grund geht, geradezu irreführend. Es bleibe den späteren Darlegungen vorbehalten, neue Namen vorzuschlagen. Vorderhand bediene ich mich noch der alten Terminologie.

Subjektive oder objektive Interpretation? — das ist also die Frage; und zwar eine Frage, auf die sich eine juristische Antwort nicht erteilen läßt[3]). Denn es handelt sich hierbei um eine Voraussetzung der Jurisprudenz — und die Annahme dieser Voraussetzung ist nicht anderer Art, als wenn man sich für das eine oder andere Verfassungssystem entscheidet, auf dem man sein Rechtsgebäude aufrichtet. Ja, während in letzter Beziehung doch viel eher die Macht der Tatsachen als ein politischer Gesichtspunkt entscheidet, indem man etwa von zwei denkbaren Verfassungsprinzipien das als herrschend annimmt, welches sich durchgesetzt hat[4]), hängt die Wahl zwischen objektiver und subjektiver Auslegung doch wohl fast ausschließlich von inneren Momenten, insbesondere von der Weltanschauung ab.

Ja, hat man zwischen subjektiver und objektiver Auslegung die freie Wahl? Es ist so, wenigstens wird praktisch diese Wahlfreiheit in Anspruch genommen, wofern sie vom positiven Rechte nicht aufgehoben ist. Ist aber das positive Recht zu einer derartigen Aufhebung kompetent, ja auch nur imstande, wenn die Frage, ob subjektive oder objektive Auslegung dem Rechte transzendent ist? Vorausgesetzt, daß man insoweit einig ist, daß der Text des Gesetzes — vorläufig mit oder ohne Berücksichtigung des Gesetzgeberwillens — das Recht repräsentiere, — und in dieser Annahme treffen sich historische und objektive Auslegung — so muß man die Möglichkeit zugeben, daß das Recht in dieser Richtung disponiere. Die nicht seltene Gesetzesbestimmung, daß einerseits „im Zweifel“ auf den wahrscheinlichen Willen des Gesetzgebers zurückzugreifen oder daß andererseits — daneben oder denkbarerweise auch ausschließlich — das zu gelten habe, was der Rechtsanwender als Gesetzgeber verfügen „würde“[5]), ist a priori noch einer neutralen Aus-

[2]) Über diesen Gegensatz vgl. insbesondere Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz; Tübingen, J. C. B. Mohr, S. 3, 24, 59, 89 ff. Vielleicht ihr entschiedenster neuerer Vertreter — um nur einen zu nennen, ist Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 4, 1911, S. 256 ff.

[3]) Den Beweis für die hier behauptete rechtsfremde, metajuristische Natur dieses Auslegungsstreites habe ich in meiner Abhandlung „Zum Interpretationsproblem“, Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 42. Bd., zu führen versucht. Im ersten Artikel dieser Serie wurde das Problem bereits aufgeworfen.

[4]) Vgl. die geistvollen Ausführungen in der Abhandlung des Privatdozenten Dr. Pitamic: Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, Österr. Zeitschrift für öffentliches Recht; Jahrg 1917, 3. Heft. Anklänge einer ähnlichen Auffassung des Verhältnisses von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert finden sich übrigens schon im geflügelten Worte Georg Jellineks von der „normativen Kraft des Faktischen“. In der Studie: „Die Rechtseinheit des österr. Staates (Archiv des öffentl. Rechts 1917, Heft 1) habe ich mir das Verhältnis so auszudrücken erlaubt, daß ich von einer qualifizierten politischen Gegebenheit als dem Erkenntnisgrunde eines rechtlichen Sollens sprach.

[5]) Es ist dies eine verschrobene Ausdrucksweise für die Tatsache, daß der Rechtsanwender insoweit, als an seine Gesetzgeberfähigkeiten appelliert wird, wenigstens materiell Gesetzgeber ist.

legung zugänglich und kann nicht selbst bereits mit dem ihr zu entnehmenden Maße gemessen werden. Aber auf verschiedenen Wegen kommend, begegnet man sich hier in der Erkenntnis, daß von nun an, kraft positiven Rechts, a posteriori *nur* der Weg der historischen *oder* der objektiven Auslegung weiter zu verfolgen sei. Verweist der *Buchstabe des Gesetzes auf den Gedanken des Gesetzgebers*, so ist es ganz selbstverständlich, daß ihm — vielleicht ausnahmsweise — in diesem Falle der Vertreter der historischen Interpretation gehorcht, da er ausnahmsweise vom geschriebenen Rechte bekräftigt findet, was auch *ohne* diese Bekräftigung für ihn feststeht. Aber auch vom Standpunkte der *objektiven Interpretation* muß man angesichts einer Gesetzesbestimmung, die auf den Willen des Gesetzgebers verweist, zu demselben Ergebnis gelangen, weil es eine seltsame Treue gegen den Wortlaut des Gesetzes wäre, wenn man die ausdrückliche Verweisung des Gesetzes auf den Willen des Gesetzgebers nicht gelten ließe.

Aber soferne das Gesetz über diesen Punkt geschwiegen hat, ist man, auch wenn man sich bedingungslos auf den Standpunkt begeben hat, das Gesetz als Rechtsquelle — d. h. noch nicht als einzige Rechtsquelle — zu akzeptieren, *rechtlich* noch nicht verbunden, im Sinne der objektiven oder subjektiven Auslegung vorzugehen. Es müßte, um eine Bindung in der einen oder anderen Richtung zu erreichen, schon der *Begriff* des Rechts in *anderer* Weise festgelegt werden; an Stelle des gesetzten Rechts schlechthin hätte etwa der Gesetzes*wortlaut* einerseits oder die Satzung als *Ausdruck* eines *Gesetzgeberwillens* andererseits zu treten. Nur unter der Voraussetzung einer *solchen* Bestimmung des Rechtsbegriffes wäre die eine oder die andere Auslegung *rechtlich* bedingt. Daß aber der Rechtsbegriff so festgesetzt werde, kann rechtlich ebensowenig gefordert werden, wie daß man einen rechtlichen Beweis zu führen vermöchte, daß Gewohnheitsrecht oder daß unabhängiges Verordnungsrecht bestehe. Das ist Gegenstand der juristischen Annahme und nicht des Beweises.

Hierzu ist eine Besonderheit des Verhältnisses zwischen subjektiver und objektiver Interpretation zu vermerken: materiell bleibt sich der auf Grund subjektiver und objektiver Auslegung gewinnbare Rechtsstoff gleich, wenn man den Rechtsbegriff soweit faßt, daß man ihn einfach undifferenziert auf das Gesetz abstellt. Die subjektive Auslegung wird in der Regel von der objektiven mit umfaßt; die Möglichkeiten der letzteren sind so vielfältig, daß sich unter ihnen als *eine* Möglichkeit regelmäßig das Ergebnis der subjektiven Interpretation derselben Frage vorfindet — vorausgesetzt, daß der Gesetzgeber logisch richtig vorgegangen ist, daß er den Ausdruck nicht verfehlt hat, daß sich das, was er sich gedacht hat, auch den Worten des Gesetzes bei logisch-grammatikalischer Interpretation entnehmen läßt. Ist dies der Fall, dann wird auch die lediglich auf den Gesetzeswortlaut abgestellte Auslegung, wofern sie eindeutig ist, gerade — allerdings gewissermaßen zufällig — das treffen, was sich auch auf Grund subjektiver Auslegung ergäbe. Nur ist eben bei solcher Sachlage die ratio der Anwendung dieses Auslegungsergebnisses nicht, daß der Wille des Gesetzgebers so geartet gewesen sei; sondern es wird dieser Auslegungsmethode genügen, daß der Wortlaut des Gesetzes dieses Ergebnis fordere.

Und wo uns der Wortlaut des Gesetzes zu keinem eindeutigen Ergebnis kommen läßt, (womit sich eine Wahlmöglichkeit und Wahlnotwendigkeit erhebt), da wird die Wahl unter Umständen auch auf die vom Gesetzgeber beabsichtigte Lösung fallen, unter Umständen sogar aus denselben Motiven, die dem Gesetzgeber vorgeschwebt sind; aber doch wohl niemals rein aus dem *einen* Grunde: weil es *so* Wille des Gesetzgebers gewesen sei. Denn w*em* der Gesetzgeberwille um seiner selbst willen bestimmend ist, als Interpretator so und nicht anders vorzugehen, obwohl es vom Gesetze ermöglicht wäre, anders vorzugehen, der akzeptiert den Willen des Gesetzgebers als Interpretationsgrundsatz und nimmt ihn von vornherein in den Rechtsbegriff auf, der ist bereits Vertreter der historischen Interpretationsmethode.

* * *

Es war und ist die Schwäche der Gesetzgeber, daß sie ihren Lebenswerken die Kraft ihres Willens einzuträufeln, daß sie ihnen unauslöschlich den Stempel ihrer Persönlichkeit einzuprägen streben. Will man dies, dann tut man freilich gut, es deutlich im Gesetze auszusprechen. Findet sich demnach die historische Interpretation ausdrücklich im Gesetze postuliert, so wird der Gesetzgeber bei der nun einmal bestehenden Tatsache, daß *beide* gebräuchlichen Interpretationsmethoden vom Gesetze *ausgehen* und beim Gesetze *enden*, in der Regel seinen Willen — wenigstens fürs erste — erreicht haben[6]). „Fürs erste" — denn ein solches Gesetz, das ständig in die Vergangenheit zurückzugreifen gebietet, wird die geringste Fernwirkung in die Zukunft haben. Unausgesetzt zur Frage nötigen, was sich der Gesetzgeber gedacht habe, ist wohl das Gegenteil von Schmiegsamkeit, von Anpassungsfähigkeit an kommende Verhältnisse und löst denn auch am ehesten den Gedanken an eine Reform des Gesetzes aus[7]). Daß sich der Gesetzgeber zunächst *ganz* durchsetzt, der Rechtsanwendung am deutlichsten und tiefsten seinen Willen einprägt, bezahlt er damit, daß er alsbald *ganz* abzudanken und das Gesetz zu erneuern gezwungen ist, da das starre, modulationsunfähige Gesetz bezw. seine Anwendung durch die historische Interpretation außerstand gesetzt wurde, mit der Zeit zu gehen. Das hindert freilich den Gesetzgeber in der Regel der Fälle nicht, diesem Wunsche nach ausschließlicher Verbindlichkeit, nach restloser Bindung der Rechtsanwendung, nach unbedingter Gefolgschaft des Rechtsanwenders zu huldigen. Hierbei hält er sich sogar meist der Notwendigkeit enthoben, daß dieses Postulat an die Adresse des Rechtsanwenders im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen werde, während Verbote des Kommentierens und dgl. konsequente Äußerungen in der Richtung einer historischen Interpretation belächelt werden. Gerade das aber, daß der Gesetzgeber schweigend den willenlosen Gehorsam des Gesetzanwenders voraussetzt, in der Meinung, dieser werde sich auch ohne ausdrücklichen Gesetzesbefehl bestimmen lassen, sich für die historische Interpretation zu entscheiden, ist die Zumutung eines circulus vitiosus: man muß sich im voraus für die historische Interpretation entschieden haben, um die *unausgesprochene* Forderung des Gesetzgebers nach Anwendung der historischen Interpretation für rechtsverbindlich zu erachten; nicht könnte dieser unausgesprochene Gesetzgeberwille die Erforderlichkeit der historischen Interpretation rechtlich begründen, weil dieser unausgesprochene Gesetzgeberwille nach Anwendung der historischen Interpretation selbst nur bei Anwendung eben dieser Interpretationsmethode maßgeblich ist: man muß bereits von vornherein auf die historische Interpretationsmethode eingestellt sein, wenn einem der unausgesprochene, sei es auch als

---

[6]) Dies insbesondere auch für den *prinzipiell* auf die objektive Methode eingestellten Interpretator; denn diesem wird der Gesetzgeberwille zwar nicht aus Eigenem, aber vermöge des Gesetzeswortlautes, der auf jenen verweist, maßgeblich sein.

[7]) Das ist ja bekanntlich das wiederholt enthüllte Geheimnis der *ewigen Jugend alter Gesetze*, daß sie sich im Lauf der Zeiten, ohne einer Reform unterworfen zu werden, wandeln. Diese Wandlungsfähigkeit gemäß dem Zug der Zeit und damit die Möglichkeit, sich jung und brauchbar zu erhalten, ist abgeschnitten, wenn das Gesetz die stets mehr alternden Züge des Gesetzgebers an sich trägt, wenn man sich an dessen Züge auf Dauer des Gesetzes anschließen muß.

selbstverständlich vorausgesetzte Wille des Gesetzgebers genügen soll, in allem und jedem auf einen eigenen Willen zu verzichten.

Wenn nicht der Wille des Gesetzgebers — was vermöchte dann zu bewirken, daß man sich auf die historische Interpretation festlegte?

Unter anderem wird uns z. B. — nur um typische Beispiele aus der unendlichen Fülle von Fundierungen der historischen Interpretation handelt es sich hier — wird uns also die subjektive Auslegung mit der Begründung aufgedrängt, daß sie von der Achtung vor der Meinung des Gesetzgebers erfordert sei. Unhistorisch interpretieren, hieße den Gesetzgeber, im besonderen seine Gebote mißachten. „Wer sich der objektiven Theorie anschließt, nimmt daher die bewußte Vereitelung legislativer Absichten in sein Programm auf" [8]). Ja, welche sind denn die legislativen Absichten? Sind die, wie in dem Zitate angenommen wird, notwendig mit denen des Gesetzgebers identisch? Man darf doch wohl nicht so ohne weiteres wie selbstverständlich Gesetz mit Gesetzgeber identifizieren. Man darf nicht so leichthin darüber hinweggehen, daß z. B. Kohler so scharf unterscheidet wie im folgenden Satze: „Auslegen heißt .... nicht Sinn und Bedeutung dessen ermitteln, was jemand sagen will, sondern Sinn und Bedeutung dessen, was gesagt wird" [9]). Die Argumentation mit der „Vereitlung legislativer Absichten" erweist sich als petitio principii. Das Wort „Legislativ" kann sich auf den Gesetzgeber, aber auch, ja wohl eher, auf das Gesetz beziehen. Wie wir wissen, macht die historische Interpretation in dieser Richtung keinen Unterschied, sondern identifiziert den Gesetzes- mit dem Gesetzgeberwillen; und in diesem Sinne kann man sagen, „daß eine Erfolgsvereitlung unabwendbar eintritt, sobald der Richter auf die historische Auslegung verzichtet". Für die objektive Interpretation besteht aber jene Identität zwischen Gesetzes- und Gesetzgeberwillen nicht. Von diesem Standpunkt aus kann aber, wie man sieht, unschwer die besondere, nicht zum Ausdruck gebrachte Absicht des Gesetzgebers unbeachtet geblieben sein, ohne daß die legislative Absicht — im Sinne des Willens des Gesetzes, das eben nach der Gesetzgebung seine eigenen Wege geht, — „vereitelt" sein müßte. Vom Standpunkt der objektiven Interpretation gebührt dem Gesetzgeberwillen nur insoweit Achtung, Beachtung, als sich sein Niederschlag im Gesetzestexte findet.

Wie ein logischer, so fehlt auch ein ethisch-politischer Grund für die Beachtlichkeit des Gesetzgeberwillens neben oder über dem Gesetzeswortlaut. Der Gesetzgeber ist nur ein Organ in der Hierarchie der Staatsorgane mit dem Zwecke, Recht zu schaffen; er ist nur Mittel zum Zweck und hat mit der Gesetzwerdung jeweils seinen Zweck erfüllt. Übrigens disponiert ja auch der Gesetzgeber von heute über das aus früherer Zeit überkommene Gesetz und kann es jederzeit umgestalten, aufheben und dgl. Also besteht wohl kein Bedürfnis, den Gesetzgeber von gestern und ehegestern im Gesetze ein Scheindasein weiterfristen zu lassen.

Insbesondere hat aber, um nur noch einen für die historische Auslegung vorgebrachten Grund anzuführen, diese nicht den Vorteil der Bestimmtheit, der Zweifelsfreiheit für sich. Ganz abgesehen davon, ob diese Eigenschaften des Interpretationsergebnisses unbedingt als Vorteile zu gelten hätten, fragt es sich, und möchte ich in Abrede stellen, daß den Ergebnissen der historischen Interpretation, so, wie man sich diese denkt, diese Eigenschaften eigen sind. Darauf, daß der Gesetzgeber nicht einen einzigen Willen hat, daß das Gesetz insbesondere dort, wo mehrere Gesetzgebungsfaktoren zusammenwirken und einer oder mehrere dieser Faktoren Kollegien [10]) sind, kompromissarischer Natur ist, die Komponente mehrerer Willensakte darstellt: auf diese Tatsachen wurde schon so unzähligemale hingewiesen, so daß hier diese bloße Feststellung genügen dürfte. Was im Laufe dieser Ausführungen auch bereits angedeutet wurde, sei aber nun besonders hervorgehoben.

Wie oft versagen auch die Motive des Gesetzes, wie oft könnte der Gesetzgeberwille nur auf Grund der umständlichsten Quellenforschungen aufgedeckt werden, wenn er nicht schlechthin unergründlich ist. Wo sich der Wille des Gesetzgebers lediglich im Gesetzestexte manifestiert hat und dieser zu Zweifeln Anlaß gibt, da ist die „im Sinne der historischen Interpretation" gefundene Lösung historisch unwahr, da imputiert man dem Gesetzgeber den eigenen Willen und wandelt nicht mehr die Wege subjektiver, historischer Interpretation. Und auf diesen Weg pseudohistorischer Interpretation wird von den Anhängern der historischen Interpretation so ziemlich jeder Richter verwiesen, der nicht mit dem Rüstzeug historischer Forschung ausgestattet ist, sondern bestenfalls den Gesetzestext vor sich hat. Stellt ja doch die historische Interpretation an jeden Rechtsanwender die unerfüllbare Forderung, vollendeter Quellenforscher gleich einem Berufshistoriker zu sein. Wo bleibt da die Bestimmtheit, außer wenn sie sich der Richter durch Interpretationskünste errafft, durch willkürliche Deutung schafft?

Die objektive Auslegung macht nun aus dieser Not eine Tugend. Die unbewußte oder verschwiegene Konsequenz unhistorischer „historischer Interpretation", daß letzten Endes als vermeintlicher oder behaupteter Wille des Gesetzgebers das aufscheint, was der Interpretator als Gesetzgeber gedacht und gewollt haben würde und als Rechtsanwender denkt und will, wird zum erklärten Programme einer objektiven Interpretation.

Die eine Erwägung sei vorausgeschickt, daß sich objektive Interpretation vielleicht gerade auf Grund historischer Auslegung vertreten läßt. Hat der Gesetzgeber geschwiegen, hat er Fragen offen gelassen — vielleicht auch nur auf die Weise, daß er sich undeutlich ausgedrückt hat — wer sagt uns, daß er dies nicht mit Absicht getan habe; daß er nicht mit Absicht Selbstbeschränkung geübt habe, daß er selbst dem Willen des Rechtsanwenders Raum geben wollte, da er nun einmal die Welt der Anwendungsmöglichkeiten nicht auszuschöpfen vermöchte. Freilich ist dieses Argument, dem nur von den Anhängern der historischen Interpretation mehr Beachtung geschenkt werden sollte [11]), für ihre Widersacher nicht ausschlaggebend.

Ist man sich mit den Anhängern der historischen Interpretation darüber einig, daß das Gesetz Gegenstand der Auslegung sei, dann spricht derselbe logische Grund wie gegen die subjektive so für die objektive Interpretation. Gesetz und Gesetzgeber sind nicht dasselbe. Man wird unter Umständen um die reichen Möglichkeiten eines Gesetzes gebracht, wenn man den armen Gedanken eines Kodifikators nachspürt. Jeder wird zugeben, daß ein unfähiger Gesetzgeber ein kasuistisches Gesetz notwendig verdirbt, während ein inhaltsarmes Gesetz oft noch zum Guten gewendet, ja in den Händen eines fähigen Rechtsanwenders, Richters oder Verwaltungsbeamten immer noch zu einem tauglichen, wenn nicht trefflichen Instrument werden kann. Soll er ebenso schlechte

---

[8]) Heck, a. a. O. S. 62.

[9]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, S. 123.

[10]) So z. B. alle Gesetzgebenden Körperschaften, aber auch das Redaktionskomitee einer Regierung.

[11]) Sie gehen zweifelsohne unhistorisch vor, wenn sie es sich nicht zu eigen machen und von ihrem eigenen Standpunkte aus eine Ermächtigung des Rechtsanwenders zur emotionellen Rechtsauslegung — unbekümmert um den (insoweit eben materiell schweigenden) Willen des Gesetzgebers — nicht zugeben.

Musik machen, wie der Gesetzgeber intoniert hat? Freuen wir uns, daß er nur einige wenige Töne angeschlagen hat, die der Phantasie des Rechtsanwenders noch freien Lauf lassen! Muß er den Gesetzgeber unbedingt zur Gänze interpretieren, wenn dieser nur gewissermaßen intoniert hat? Wie oft kann man sehen, daß der nachschaffende, insbesondere der darstellende Künstler über die Vorstellungswelt des schaffenden Künstlers hinausgewachsen ist, aus dessen Werk *mehr herausgeholt* als dieser *hineingelegt* hat? Ist er dabei seinem Berufe untreu geworden? Ebensowenig wird der Gesetzanwender seinem Berufe untreu, wenn er mit schöpferischer Intuition die vom Gesetzgeber oft ungeahnten Möglichkeiten hervorholt, die im Gesetze ruhen. Es ist nicht Mißachtung vor dem Gesetze, sondern gerade ein Beweis der Achtung, wenn er es nicht auf den unter Umständen ja recht beschränkten Horizont des Gesetzgebers abstellt.

Bei diesen Ausführungen haben außer rein logischen bereits ethisch-politische Erwägungen mitgesprochen. Es sei hier hervorgehoben, was beiläufig schon bemerkt wurde, daß wir aus der Not eine Tugend machen. Die zweifelhafte Eindeutigkeit der subjektiven Interpretation ist die Enge, aus der wir Recht und Richter hinausführen in die Freiheit der objektiven Interpretation. Rein „objektive" Interpretation ist ausgeschlossen — — ein „Subjekt" muß notwendig mitsprechen. Es fragt sich nur, ob als solches Subjekt der Rechtssetzer oder Rechtsanwender den Vorzug verdiene. Auch wenn man jenem den Vorzug gibt, kann man diesen nicht mundtot machen. Als vermeintliches Sprachrohr des Gesetzgebers wird er so oft die Sprache der eigenen Überzeugung sprechen. Und wo der Gesetzgeber seinen Willen undurchdringlich verschleiert hat, muß ja doch — auch im Sinne der historischen Interpretation — der Gesetzanwender supplieren. Warum da mit förmlichen Taschenspielerkunststücken dem Gesetzgeber mehr abgewinnen wollen, als das Gesetz gesagt hat, und nicht von vornherein den Gesetzesanwender innerhalb des Rahmens des geschriebenen Gesetzes als vollgültigen Gesetzesvollstrecker inthronisieren? Die *Möglichkeit*, daß der wirkliche Wille, ja sogar die *Wahrscheinlichkeit*, daß sich ein vernünftiger Wille des Gesetzgebers durchsetzt, ist hierbei noch immer offen gelassen; unter *der* Voraussetzung selbstverständlich, daß der Gesetzgeber seinem psychischen Willen entsprechenden sprachlichen Ausdruck verliehen hat; denn nur unter dieser Voraussetzung ist der Gesetzgeberwille als *eine* der logischen Möglichkeiten vom Gesetzeswortlaut umfaßt.

Ich muß mich, ehe ich schließe, dagegen verwahren, daß die von mir — mehr erkannte als geforderte, oder mindestens zunächst erkenntnismäßig und dann erst willensmäßig bejahte — *Richterfreiheit* als Bekenntnis zum *Freirecht* gedeutet werde. Das Freirecht postuliert bekanntlich eine Freiheit *neben* dem Gesetze, ja *gegen* das Gesetz. Es konnte wohl nicht verborgen bleiben, wie streng ich den Richter bei aller Freiheit im Zaume des Gesetzes halte. Praktisch mögen meine Aufstellungen freilich hie und da sogar über die Konsequenzen der Freirechtsschule hinausgehen, da *diese* dem Richter oft Freiheiten *unabhängig* vom Gesetze postuliert, die er — *auf Grund* eben des geschmähten *Gesetzes*, allerdings in diesem ihrem Grunde unerkannt, ohnehin schon hat.

Diese Freiheit des Richters ist nicht so sehr ein Bekenntnis als eine Erkenntnis. Und diese läßt sich finden, wofern man im „*Gesetz*" das Recht erblickt. Von diesem Standpunkt aus ist das Urteil von der allein selig machenden Kraft der historischen Interpretation nachweisbar falsch, weil voraussetzungswidrig, und das gegenteilige Urteil von der Zulässigkeit der reinen Wortauslegung beweiskräftig richtig. Von einem weiter zurückliegenden Standpunkt aus, wo die Differenzierung zwischen Gesetzesschöpfer und Gesetzeswerk noch nicht Platz gegriffen hat, sind beide Interpretationsmethoden zulässig. Da erscheint als Recht alles, was immer mittels einer der wahlfrei eingeschlagenen Interpretationsmethoden gewonnen wird. Von diesem Standpunkt aus kann man bildhaft sagen, das Recht sei nichts als das Echo oder als das Spiegelbild seiner gleich wie immer gearteten Auslegung.

Richteramt und Notariat. In einer Besprechung der vorgeschlagenen Justizreform in der Zeitschrift für Preußische Justizsekretäre heißt es:

„Der Vorschlag, das kleine Gericht einem ortsansässigen Notar zu unterstellen, oder den Sekretär sogar zum Bureauvorsteher des Notars zu bestellen, ruft schroffsten Protest hervor und kann nicht entschieden genug zurückgewiesen werden. Das Gericht (der Staat) verrichtet dann direkte Schlepperdienste für den Notar. Leider ist dieser Standpunkt schon jetzt fast Allgemeingut der Richter geworden; denn mit verblüffender Offenheit wird das Publikum, das nach dem Gerichte kommt und Urkunden aufgenommen haben will, an den Notar verwiesen. Während es Pflicht dieser Beamten wäre, für Erhöhung der Staatseinkünfte Sorge zu tragen, werden dem Notare also Beträge (und nicht unerhebliche) zugewendet, die dem Staatssäckel hätten zufließen müssen. Läßt es sich da wundern, wenn die Gerichte immer unrentabler arbeiten und das Zutrauen zu ihnen schwindet."

Ernste Worte, wenn auch der Verfasser mit seiner Behauptung, daß dieser Standpunkt fast Allgemeingut der Richter geworden, zu weit gehen dürfte.

Der Richter, der das Publikum zum Notar abschiebt, schädigt sich selbst, es wird ihm als Faulheit ausgelegt. Er schädigt aber auch dadurch, daß er dem Staat die Einkünfte entzieht, den Stand der Justizbeamten. Die Rechtspflege bringt der Staatskasse keine Überschüsse, sie erfordert vielmehr ganz erhebliche Zuschüsse. Je geringer der erforderliche Zuschuß ist, desto eher wird an eine Verbesserung der Lage der Justizbeamten gedacht werden. Wer das Publikum zum Notar verweist, der möge nicht nur an seine eigene Bequemlichkeit denken, er möge sich die hohe Zahl derer vor Augen halten, die auf Anstellung im Staatsdienste warten. Es ist natürlich nicht Aufgabe der Gerichte, gewissermaßen Kundschaft zu suchen. Die Gerichte haben sich völlig passiv zu verhalten. Wer bei Gericht wegbleibt, bleibt weg. Wer aber kommt, muß unbedingt abgefertigt werden. Es ist durchaus zu mißbilligen, wenn ihm in irgendeiner Form von einem Gerichtsbeamten nahegelegt wird, zum Notar zu gehen. Gefehlt ist auf diesem Gebiete. Keiner Zufall ist es nicht, daß mancherorts die freiwillige Gerichtsbarkeit fast nur in den Händen der Notare liegt.

Sehr bedenklich ist es aber auch, wenn ein Notar bei auswärtigen Sprechtagen eines Gerichts zur gleichen Zeit und in demselben Gebäude auch Sprechstunden abhält. Man merkt die Absicht. Es dürfte zu erwägen sein, ob sich das mit der Stellung des Notars verträgt.

Walsrode. Dr. *Knese*.

Über die Art innerer Rechtsfindung. Die richterliche Freiheit schützt die Bürgerfreiheit vor der Einwirkung des Staates in die Rechtsprechung in seelischer, wirtschaftlicher und namentlich politischer Hinsicht, und sie bewahrt die Rechtsprechung vor dem Mechanismus zugunsten des Individualismus der Persönlichkeit. Die richterliche Freiheit darf aber nicht in dem subjektiven Sinne aufgefaßt und angewendet werden, daß der Richter seiner individuellen Ansicht völlig ohne Beachtung der herrschenden nachkäme. Wahre Freiheit liegt in der Herrschaft über sich selbst, und die richterliche Pflicht besteht in der strengen Prüfung der eigenen freien Ansicht und ihrer Triebe. Die spontane Rechtsansicht ist nicht die richtige. Sie beruht auf Motiven, die oft ohne inneren Zusammenhang mit der sachlichen Beurteilung sind und den Richter für diese suggerieren, die sich aber einer strengen Selbstprüfung gegenüber als persönlich, ja mitunter im unbewußten egoistischen Interesse treibend erweisen. Die Wirkung des Wunsches auf den Gedanken ist bei den meisten Menschen gewaltig. Sie suggerieren sich die ihnen angenehme Ansicht in seelischer Selbstbefriedigung, die damit ein inneres Glücksgefühl auslöst, während die Emanzipation von dieser Suggestion gerade seelische Leiden hervorruft. Es ist diese Gefahr für den Richter um so größer, als er verpflichtet ist, sich zu einer bestimmten Ansicht zu entscheiden, auch wenn aus der reinen verstandesmäßigen Überlegung heraus sein wirkliches Wissen unbestimmt bleibt. Der Richter hat sich seines Selbst zu entäußern und dieses zum Gegenstand seiner objektiven Betrachtung zu machen. Er hat seine eigene Ansicht zu objektivieren. *Um richten zu können, muß der Richter erst einmal über sich selber richten.* Gegen sich selbst gerecht zu sein, ist die erste Forderung für das gerechte Urteil. Die Liebe zum Recht muß dem Richter höher stehen als die Liebe zur eigenen Person.